

重庆大学中央高校基本科研业务费（2017CDJSK07XK21）资助  
重庆大学新闻学院学术著作出版基金资助

# 依法治国背景下的网络内容监管

杨 秀 著

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

## 内 容 简 介

网络内容监管的法治化是当前法治政府建设面临的重大课题。习近平总书记曾指出,要“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,不断开创依法治国新局面”。网络内容治理同样离不开法治政府、法治社会的一体建设。针对网络内容的监管问题,本书结合相关理论和典型案例进行了深入的探讨,从“法治政府”建设角度试图勾勒出我国政府“治网主张”的大致轮廓。本书主要包括三部分内容:第一部分是对于网络内容监管问题提出的时代背景,理论与现实基础(影响和制约因素)进行的全面、系统的阐释,这也是对该问题展开研究的逻辑起点。第二部分主要是针对网络内容监管如何“法治化”这个核心问题,重点阐述了制约和束缚网络内容监管的一些理论“禁锢”。第三部分是从微观层面围绕近年来政府制度创新的实践,主要是对网络内容监管领域具有代表性的法律文件及标志性事件进行深入的考察。通过以上三个方面的研究,由此揭示了网络内容监管领域政府法治建设的现状、存在的主要问题,并在此基础上提出了一些破解的思路。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

依法治国背景下的网络内容监管 / 杨秀著. —北京:电子工业出版社, 2017.12

ISBN 978-7-121-32809-1

依... 杨... 计算机网络 - 科学技术管理法规 - 研究 - 中国 D922.174

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 242677 号

策划编辑:戴晨辰

责任编辑:裴杰

印刷:

装订:

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开本:720×1 000 1/16 印张:13.5 字数:346 千字

版次:2017 年 12 月第 1 版

印次:2017 年 12 月第 1 次印刷

定价:49.80 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888, 88258888。

质量投诉请发邮件至 [zltz@phei.com.cn](mailto:zltz@phei.com.cn), 盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

本书咨询联系方式:(010) 88254530, [dcc@phei.com.cn](mailto:dcc@phei.com.cn)。

## 序

杨秀博士发来其研究网络内容监管法治化问题的新作并请我作序，欣然允之。

2007年9月，杨秀考入复旦大学新闻学院攻读硕士学位。不久后，我就认识了这位来自青海的藏族研究生。2010年2月，杨秀被选拔为硕博连读研究生，开始转而直接攻读博士学位，我也从此时起有幸成为他的导师。在杨秀攻读博士学位期间，这位苦读、勤思的博士生在学术道路上不畏艰难、奋然前行的情景，至今历历在目。2012年12月，杨秀通过博士学位论文答辩、荣获博士学位，迈出了他学术人生的第一步。之后，他去了重庆大学，主要从事新闻传播法与新闻传播伦理的教学与研究工作，取得了不少颇有价值的学术成果。

杨秀博士发来的这部新作，以网络内容监管法治化问题为研究课题，具有理论与现实的双重意义与价值。诚然，互联网自从20世纪90年代横空出世以来，其社会影响与日俱增。时至当下，网络已成为社会结构的一部分，网络空间已成为人类生存的第二空间。人们的交往行为，已不仅仅局限在现实社会中实现，而且还可以在由网络构成的虚拟社会中实现。然而，由于网络传播特性等诸种原因，网络治理、其重点是网络内容的治理，已经成为人们不得不予以关注的一个难题。

谈到网络治理问题，我们不难发现法律在当下网络治理中的重要作用。网络治理建设，当以网络治理的法治建设为先。事实上，当下国家与政府有关部门也正在制定相关的法律、法规，不断加强网络内容监管，基本实现了“网络不是法外之地”的网络内容监管目标。但是，由于网络作为新兴事物，我们对其发展规律的认识还处于探索阶段，网络内容监管还面临着不少困难和挑战。例如，网络内容的规制，事关对于公民意见表达自由的限制，极易引发社会公众对于监管权力在合法性方面的质疑。因此，加强网络内容监管的法治化研究，以期从理论上界定网络内容监管中政府权力的边界，从而实现网络上公民的表达自由和网络有序发展目标之间的平衡，已是当务之急。又如，当下网络内容监管的效能如何？这也是一个值得关注的问题。目前，虽然已初步做到了“有法可依”，但重要的是要做到“有法必依”，因而网络内容监管的重点应转向“立法、执法、法律监督”相结合的全方位法治建设。特别值得注意的是，我们应当关注网络监管中多元利益的实现，并据此展开网络内容监管法律制度的设计和完善，以提升相关制度、规范的有效性。

在结构上，这部新作从宏观、中观、微观三个层面展开讨论，其主要内容包括以下三大部分：第一部分在宏观层面上阐释了网络内容法治化监管问题提出的时代背景、现实的制度基础和理论框架。作者认为，网络内容监管的法治化，既与传统媒体内容的监管存在许多的共性和联系，但又不同于传统媒体时代对内容的监管。一方面，通过阐述技术、传播等环境的变化，由此揭示了互联网信息服务内容监管从社会变迁向权利（制度）重构转变的社会基础；另一方面，由于网络发展中各类违法信息内容也在迅速增加，而现有的制度和规范偏重于秩序的保障，更注重对公民表达自由等权利的限制和约束，因而在整体上该领域的法治化程度与我国建设法治国家的战略目标以及国家治理能力现代化的要求之间仍存在着一定的差距。第二部分从中观层面针对网络内容监管“法治化”这一核心命题，通过重点问题和典型案例的分析，同时结合基本权利等相关理论，阐释了我国网络内容法治化监管中存在的一些重大问题。第三部分在微观层面上考察网络内容监管领域具有代表性的法律文件及标志性事件，以网络内容监管法治化为视角尝试勾勒当下中国的“治网主张”。在研究过程中，作者提出了一些具有个人独特见解的观点或建议，对当下网络内容监管的实践具有很大的启发或借鉴意义。

最后，为杨秀博士撰写的这部新作致贺！期待杨秀博士今后有更多的论著问世。

黄 珊<sup>①</sup>

2017年7月16日

---

复旦大学新闻学院教授、博士生导师、教育部新闻传播学教学指导委员会副主任、中国新闻史学会副会长。

## 作者简介

杨秀，男，重庆大学副教授，博士生导师，新闻学博士，法学博士后。主持国家社科基金、中国博士后特别资助、重庆市社科规划项目等七项研究项目。在国际新闻界、新闻大学、中国出版、编辑之友等各类学术期刊发表论文数十篇。论文曾被人大复印资料全文转载或获评省部级一等奖。同时，合著或参与撰写《中国新闻传播学研究最新报告(2010)》、《中国新闻传媒人物志》、《新闻传播与媒介法治研究报告(2016)》等著作。



# 前 言

在我国经济社会发展进入新常态之后，党中央做出了全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的战略部署，即“四个全面”的战略布局。其中“全面依法治国”为新时期全面深化社会各个领域的改革提供了重要的理论支撑和制度保障。在全面依法治国的背景下，我国互联网领域，特别是网络内容的管理方面开展了一系列重大的改革和实践，通过积极运用法治思维和法治方法服务网络内容建设的需要，解决网络发展中出现的问题，目前这一领域已经取得了许多宝贵的经验，中国政府的“治网主张”也日渐清晰明朗。

2016年12月27日由国家互联网信息办公室发布的《国家网络安全战略》，其中就提到，“加快构建法律规范、行政监管、行业自律、技术保障、公众监督、社会教育相结合的网络治理体系，推进网络社会组织管理创新，健全基础管理、内容管理、行业管理以及网络违法犯罪防范和打击等工作联动机制。加强网络空间通信秘密、言论自由、商业秘密，以及名誉权、财产权等合法权益的保护。”由此可见，新时期政府网络管理所涉及的内容十分广泛，但其中尤为重要的工作是要在网络内容管理中继续贯彻和深化全面依法治国战略要求。

互联网技术的飞速发展，特别是移动互联时代的到来，网络内容管理的难度在不断增加。移动互联网新平台上的内容传播呈现出内容形态更多样，多终端传播、多主体参与以及社会化传播等新特征。但是，由此引发的新问题也越来越多，比方说，随着移动互联网的快速发展出现了网络视听节目井喷的态势，内容品质良莠不齐，特别是不良内容传播所引发的社会问题日益凸显，因此，在网络视听的管理过程中，如何做到“网络视听节目要与广播电视节目同标准同尺度”就成了必须要回答的课题；互联网内容形态与传播方式的变化也引发了新闻信息内容传播格局的变化，这就需要通过法律确定互联网环境下新闻信息生产与传播的新秩序；互联网内容传播形态、媒介的多元化导致对于互联网“广告”的认定及其监管遇到了前所未有的挑战，等等。可以说，当前网络内容管理领域各类问题层出不穷，这些问题无一不考验着网络时代政府社会治理的智慧和能力，这也对网络内容管理中法治思维和法治方法的运用提出了更高的要求。经过数年在互联网内容管理领域的探索，我们针对互联网内容法治化管理的思路愈发清晰，实践也更加成熟。当前，我国政府针对互联网内容的管理，主要呈现出以下特点：

一、面对网络内容传播中出现的问题，通过及时制定相关法律法规，堵住管理漏洞，互联网内容发展已进入全面监管时代。“管得住是硬道理，正能量是总要求”，这是当前阶段我国互联网治理体系建构的基本要求。一方面，“管得住”指明了互联网信息内容治理体系第一阶段的主要矛盾——网络内容治理中存在着无法可依以及监管漏洞的突出问题，将其纳入法治化管理的制度体系之中就成为了这一阶段的主要任务。另一方面，“正能量”是指，互联网治理体系的建设必须坚持“管媒体的原则不能变，党管干部的原则不能变，坚持正确的舆论导向不能变”，即三个“不能变”的基本原则，它们是“正能量”的制度保障。互联网内容管理“无法外之地”目标的初步实现，也就意味着互联网全面监管时代的到来。

二、政府引导下的多元共治模式成为网络内容管理的重要经验。2016年7月，《互联网广告管理暂行办法》对外界公布。该文件将当前互联网广告发展中的最新形态“程序化购买”问题也纳入监管当中，提出了管理的具体要求。政府如此及时、高效地介入对互联网广告的管理，通过立法引导网络广告产业的健康发展，这在世界范围内都是不多见的。正是基于多元共治理念及其实践经验，才能够对互联网“广告”监管这一世界性的难题及提出“解决方案”。互联网领域变化很快，由此会不断出现新的问题，而面对新问题，过去单纯依靠政府力量进行管理的模式就会遇到很多的问题。应对网络内容管理的挑战，需要治理模式的创新，因此，政府引导下的多元共治模式就成了网络内容法治化治理的重要内容，并且代表着未来网络治理体系的发展趋势。2017年，在政府相关部门的指导下，《网络视听节目内容审核通则》、《社区娱乐信息管理规定》相继出台，这进一步说明网络内容的多元共治是应对该领域各类难题的“良药”。

三、网络内容管理从注重“立法”向“执法”过渡，更加强调法律规范的“实效性”。2017年以来，监管部门对于网络内容的传播展开了一系列的执法活动，推动了相关法律法规的“落地”。1月，国家网信办深入整治“标题党”，新浪、搜狐等5家网站被处罚；3月，北京市网信办责令腾讯、新浪、搜狐、网易、凤凰等网站关停违规自采栏目；4月，“红杏直播”、“蜜桃秀”等18款低俗直播类应用下架……这一系列的执法活动表明，经过之前陆续出台相关的法律规范，互联网内容管理中“无法可依”的问题得到了一定程度的缓解，今后，将更加关注法律规范的执行及其实施状况。

经过对网络内容监管制度不断地摸索，特别是近几年的网络法规及监管制度的建设，到了2016年，我国的网络监管规范体系更加完善，由此也可以看出，网络治理的整体思路和大体框架已经成形，目前这一领域已经基本做到了“有法可依”，这是建设互联网治理体系中极其重要的一步，具有重要的意义。今后，网络信息服务的监管制度将从立法这一重点逐步转向“立法、执法、法律监督”相结合的全方位法治建设，从注重法律的数量向重视法律的质量过渡，从关注规范的



合理性向强调其合法性转变。这就需要网络信息服务监管政策在总结我国已有互联网治理经验的同时，更加重视政策、制度的多元价值，在创新与稳定，活力与秩序、网络安全与权利保障之间做出平衡，促进社会的协调发展。

无论是网络内容管理领域的立法还是执法活动，都体现了政府、网络服务提供商等不同主体在网络内容治理中，不断落实“主体责任”，履行网络内容管理义务，进而实现网络内容发展的“共享共治”目标。2015年12月16日至18日，以“互联互通、共享共治，共建网络空间命运共同体”为主题的第二届世界互联网大会在乌镇举行，习总书记在这次会议上提出了“共享共治”的互联网治理的“中国方案”。网络信息内容的治理是当今世界各国所共同面临的难题，对于网络内容管理而言，各个国家仍都处于探索之中，并无可以“照搬”的现场经验。针对这一领域的管理，今后我们仍将面临许多难题，而应对网络内容管理的挑战，特别需要处理好以下三个方面的主要问题：一是，**协调技术、传播等环境的变化，即互联网信息内容管理社会基础的变迁与治理手段之间的关系。**互联网内容管理中，技术与治理手段之间的博弈影响规范体系的建构。任何类型的规范都会随着社会的变迁而不断调整，规范的制定需要适应实际，也会随着社会实际情况的变化而变化。如今在移动设备、传感器、社交媒体、大数据等技术的推动下，互联网成为连接不同个体制造场景的工具，是完成社会各要素之间高效配置的手段，新技术催生的场景时代，它是对价值和关系的重构与再造。场景时代，网络平台一般都是关系、信息、服务的整合，而管理也需要建立起一套完善的治理体系，打造治理“生态圈”。具体而言，互联网媒介形态的变迁使得媒介“舆论动员能力”的意义凸显，所以说，网络内容的管理已无法仅局限于少数主流平台，而是必须扩大到一切具有“舆论动员功能”的媒介上。再有，大数据时代“内容”的生产过程中，“算法”扮演着非常重要的角色，因此，网络内容管理除了对于媒介平台上内容“终端”呈现的治理，而且，更需要关注和介入“内容”的分发过程，重视对于“算法”的管理。总之，这一领域，技术是法治化治理目标实现中的一个重要变量，规范的制定必须关注技术和传播的发展。二是，**网络内容管理过程中，应更加重视对公民各项权利的保障。**由于网络发展中各类违法信息内容在迅速增加，而现有的制度和规范偏重于秩序的保障，更注重对公民表达自由等权利的限制和约束，整体上该领域的法治化程度与我国建设法治国家的战略目标以及国家治理能力现代化的要求之间仍存在着一定的差距。因此，网络内容法治化治理体系的建构中，应更加注重其权利保障功能的完善。三是，**法律规范如何平衡发展与监管两种价值目标。**网络内容管理规范的制定及其实施，对于通过依靠不良信息内容的传播并从中获利的相关主体将产生明显的“挤出”效应，这对于优化传播市场结构，提升网络信息内容的质量，净化网络空间都会产生积极的效果。从这个意义上说，网络内容管理规范发挥了促进网络传播市场健康发展的作用。不

过，现有的网络内容管理相关的法律文件偏重于规范的“监管”和“限制”功能，大多数文件中这类的规定相对较多，而对于如何支持、促进传播活动发展的规范却明显不足。此外，互联网领域，技术与传播模式的创新源源不断，对其的治理经验和能力又相对滞后，如果一味强调“监管”，追求“秩序”单一价值，很可能扼杀创新进而影响社会整体的发展。因此，互联网内容管理政策和规范的制定中应更多地提倡“包容性发展”、“多元共治”等新理念。

最后，互联网时代的到来，使得对其内容的监管而言，的确面临一些新的挑战，但是，对于社会的发展、进步而言，互联网时代也带给我们前所未有的机遇。一方面，对于提升政府的网络社会治理能力，推动社会各领域的改革和发展，增进国家与社会之间的良好互动都将具有十分重要的意义。网络内容的治理，不仅要勇于创新，也需要继承已有的内容管理经验，特别是借鉴针对新闻媒体内容管理的相关制度，以此推动对于网络内容传播规律的认识，促进网络内容传播社会价值更好地发挥。另一方面，法治思维是人类社会管理智慧的结晶，法治是国家治理体系和治理能力的体现，因此，应不断加强法治思维在推动网络内容管理中的运用，提升法治方法的效益。互联网时代，通过完善网络内容法治化治理体系，推动传播内容管理实体法和程序法的全面发展，提升网络内容法治化治理的水平也面临着难得的机遇。本研究主要将政府主导的网络内容监管实体法领域的建设实践作为研究对象，揭示了在依法治国背景下网络内容监管的不同面相。特别是通过对网络内容监管领域具有代表性的法律文件及标志性事件的深入考察，试图从政府主导下的网络内容法治化治理角度勾勒出了当前网络治理“中国方案”、“治网主张”的大致轮廓。由于本研究的重点在于对网络内容管理“阶段性”实践的“个案”分析和考察，因此，对网络内容监管规律理论体系的归纳和阐释稍显薄弱。另外，由于受本书写作目的的限定，与网络内容治理相关的民事法律及程序法等问题文中也涉及不多，这些方面的缺憾，将在今后的研究中逐步弥补。同时，囿于学识和能力有限，文中难免有不逮和谬误之处，恳望方家不吝赐教。

杨 秀

2017年8月1日于重庆大学新闻学院

# 目 录

第一章 绪论 .....	1
一、研究缘起 .....	1
二、国内外研究情况综述 .....	2
三、研究的主要问题、思路和方法 .....	5
第二章 网络内容监管的时代条件与制度背景 .....	8
一、网络内容监管所处的时代背景 .....	8
二、新闻传播法及其研究对网络内容监管法治化的影响和制约 .....	16
第三章 网络内容监管法治化的分析框架：基本权利的观念 .....	27
一、基本权利的内涵 .....	27
二、基本权利的三个功能 .....	30
三、基本权利与网络内容法治化监管体系建构之间的关联 .....	33
第四章 网络内容监管法治化的理论探索 .....	36
一、网络言论规制中言论自由权保障的体系性缺陷 .....	36
二、网络泄密的监管及其困境 .....	50
三、网络舆论监管中的问题——以案件传播中的律师微博为对象 .....	64
四、网络环境下的媒体与司法关系新解——基于公共利益视角的思考 .....	73
五、网络内容治理中 ISP 法律责任体系构建的理论障碍 .....	80
第五章 网络内容监管法治化的制度实践（一）：以不同类型的内容为中心 .....	94
一、网络色情淫秽信息的政府监管 .....	94
二、网络视听内容（境外影视剧、微视频等）的监管政策 .....	104
三、互联网电视及其内容的行政监管 .....	114
四、互联网信息搜索服务监管的法治化 .....	125
五、互联网即时通信工具中信息内容的监管问题 .....	135

六、移动游戏出版服务管理制度的完善 .....	142
七、互联网广告监管模式的创新 .....	150
八、应用服务规范化与互联网全面监管时代的到来 .....	157
第六章 网络内容监管法治化的制度实践（二）：对保障机制建构的考察 .....	166
一、统一管理机构与互联网内容法治化治理的组织创新 .....	166
二、网络时代的政务公开与媒体参与 .....	174
三、网络内容治理的程序法治建设 .....	182
结语 .....	193
参考文献 .....	196

# 第一章 绪 论

## 一、研究缘起

习总书记在第二届世界互联网大会上提出“共享共治”的互联网治理的“中国方案”。而网络信息内容的治理是世界各国所共同面临的难题。2016年12月27日,由国家互联网信息办公室发布的《国家网络空间安全战略》,提出捍卫网络空间主权、维护国家安全、保护关键信息基础设施、加强网络文化建设、打击网络恐怖和违法犯罪、完善网络治理体系、夯实网络安全基础、提升网络空间防护能力、强化网络空间国际合作等9项任务。2017年6月1日起,《网络安全法》已开始实施。《国家网络空间安全战略》指出,“完善网络治理体系”任务的主要内容就包括“坚持依法、公开、透明管网治网,切实做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。健全网络安全法律法规体系,制定出台网络安全法、未成年人网络保护条例等法律法规,明确社会各方面的责任和义务,明确网络安全管理要求。加快对现行法律的修订和解释,使之适用于网络空间。完善与网络安全相关的制度,建立网络信任体系,提高网络安全管理的科学化、规范化水平。”其中还提到,“加快构建法律规范、行政监管、行业自律、技术保障、公众监督、社会教育相结合的网络治理体系,推进网络社会组织管理创新,健全基础管理、内容管理、行业管理以及网络违法犯罪防范和打击等工作联动机制。加强网络空间通信秘密、言论自由、商业秘密,以及名誉权、财产权等合法权益的保护。”网络内容的法治化治理是完善网络治理体系的重要途径。对于网络内容治理法治化的研究有助于明晰各行为主体的权利义务,健全网络空间治理体系,并且依法加强网络社会管理,维护网络空间清朗。可以说,推动国家互联网信息内容监管的法治化以及提高社会网络内容治理参与的积极性,这对于维护国家、社会公众的利益,保障公民合法权益,促进社会、经济的健康、快速发展都具有重要的意义。

从法治化角度切入网络内容的监管,特别是对网络内容监管中的权利保障、制度实效性等问题展开分析,可以更深刻地揭示网络内容监管理论发展、制度建设过程中的问题,找到“维护网络空间清朗”的有效途径,进一步促进网络信息内容监管及其理论的发展。因此,本文研究的价值及创新性具体表现如下:

(1) 结合基本权利、新闻传播法学的相关理论、制度对网络内容监管问题进

行深入研究，在研究角度上较为新颖。

(2) 本研究聚焦于当前网络内容的发展及其监管问题，特别是从制度创新的实践层面提炼和总结中国网络法治化治理“中国方案”，特别是政府“治网主张”的内涵，具有很强的现实意义和应用价值。

(3) 尝试从基本权利的角度对当前我国网络内容监管研究中存在的重要理论问题展开讨论，提出了一些新的观点。

(4) 在研究方法上，除了理论阐释中普遍运用的规范研究等方法，本项目更注重运用文本分析等实证方法考察网络内容监管法治化中的具体制度、实效等问题，因此，研究方法更加多元。

## 二、国内外研究情况综述

### (一) 国内外对于言论自由的研究现状

《布莱克法律辞典》中“言论自由”的含义是，“言论自由是宪法赋予的以口头形式表达意见和事实，不受政府检查和限制的自由”。我国政府已经签署的《公民权利和政治权利国际公约》第19条第2款就规定了言论自由的内容：“人人享有表达自由；该权利应当包括以口头、书面或印刷物，艺术或自己选择的其他方式，不分国界地寻求、接受和传播各种信息和思想的自由”。美国对于言论自由给予了很高的保护，宪法修正案第1条规定，国会不得制定剥夺（削减）言论自由或新闻自由的法律。而在实践中，其主要是通过司法个案审查的方式，实现了言论自由与其他利益之间的平衡，并逐步建立起了针对不同类型言论采取不同的保护标准的言论分类保护模式。一般认为，政治性言论是价值最高的言论类型，所以，属于宪法保护的言论“核心地带”，而仇恨言论、侮辱、诽谤性言论等价值较低的言论，则是采取了法律保护的模式。言论自由与其他人格权利利益发生冲突时，由于言论自由的基本权利地位，美国、德国等国家都会通过“政府行为”“第三人效力”等理论，由此加强对于言论自由的保护。此外，言论自由与新闻自由的关系问题，也是时常引发争论的问题。一些人认为，应区分言论自由和新闻自由，而且有必要专门讨论新闻媒体、记者的权利和义务等新闻自由的问题。美国联邦最高法院已故大法官斯图瓦特认为，将新闻自由解释成言论自由，就会丧失其新闻自由特定的意义，“如果言论自由包含了新闻自由，那么新闻自由本身就没有什么意义了，规定新闻自由的意义就在于把它作为一种独立的自由。立宪者若将言论自由和新闻自由分别规定，那一定是将言论自由与新闻自由视为两种不同性质的基本权利。由宪法规定言论自由是把它作为公民基本权利进行确立，规定新闻

---

Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p.828.

自由是将其作为新闻媒体的一种制度性权利进行确认的。”有国内学者也提到,“新闻自由与言论自由应该分立,它们是两种独立的自由,并且是两种不同性质的基本权利。它们的区别是,新闻自由作为一项制度性权利存在,它保障的是一种制度性组织即新闻媒体的自主性……保障新闻自由的目的是为了新闻媒体的自身利益,而是为了制约政府权力,但是保障一般言论自由却无法具有强大的影响力和达到这种效果。”事实上,言论自由与新闻自由是无法分离的,“言论自由,既包括有关言论、出版、集会、游行、示威等自由,也包括其他自由中涉及言论的自由的自由的部分。”传统媒体时代,新闻媒体的发展极大地促进了言论自由的发展,而新媒体的出现,又使网络成为了言论自由权利得以实现的重要条件。

### (二) 国内外互联网信息内容监管研究状况

学者对于我国互联网信息内容的监管主要是从模式、制度特征、发展规律等角度做了探讨。李永刚认为,在政策的变迁轨迹中,中国政府以立法、技术和行政手段三重推进的方式,牢固确立了对代码的控制权,彻底摆脱了互联网早期应用阶段的被动和迷惘,初步驯服了一个崭新事物。还有研究者提到,中国互联网内容监管政策所发生的变化,也反映了中国共产党执政思维的变化,在试图从革命型政党向执政党转变的过程中,在对互联网信息传播的监管上更多地采取了淡化意识形态色彩,加强行政监管和利用市场力量监管的方式。钟瑛则从其他角度指出了网络媒体内容监管的特殊性。她认为,在网络媒体的内容管理上,各国主要是参照现有的广播电视的管理模式。这些模式就功能而言主要可分为两种类型:一是经济性管理;二是社会性管理。我们国家社会主义市场运行机制正处于探索、发展阶段,单纯的市场调节在许多情况下还不是十分成熟,政府角色经常显得无处不在。而法律,特别是媒介管理方面的法规也不够健全。因此对社会价值导向具有重要引导作用的媒体行业,国家从整体利益出发进行行政干预与调节,在目前处境下还是显得有一定的必要。

国外的互联网内容治理体系与国情存在很大的联系。加拿大政府授权对网络信息实行“自我规制”,将负面的网络信息分为两类:非法信息与攻击性信息。前者以法律为依据,按法律来制裁;后者则依赖用户与行业的自律来解决。有人通

---

刘迪.现代西方新闻法概述.北京:中国法制出版社,1998.

吴晓秋.新闻自由的性质之辨.西南民族大学学报,2006,(5):127—132.

侯健.言论自由及其限度.北大法律评论,2000年2期.

李永刚.中国互联网内容监管的变迁轨迹.南京工业大学学报:社会科学版,2007,6(2):44—48.

曾茜.收缩与调适:中国的互联网内容监管政策变迁分析(2002-2-12),中国传媒大学全国新闻学与传播学博士生学术研讨会,2012.

钟瑛.网络内容管理的差异性与多元化.新闻大学,2003(3):49—52.

宋华琳.互联网信息政府管制制度的初步研究.网络传播与社会发展论文集,北京:北京广播学院出版社,2001.

通过对欧盟网络内容监管的研究发现,欧盟首先对内容进行分类,在区分非法内容和有害内容的基础上,对这两种内容分别采取不同的措施。对非法内容主要是通过法律手段进行监管,而对于有害内容则主要依靠技术、自律方式进行管理。由于对言论自由保障的重视,目前美国网络内容的治理除对违法内容依法惩处外,其他也主要是依行业自律与市场调节来进行管理,并以法律的手段来确保自我调节的有效性。而与发达国家的网络内容监管制度不同,亚洲国家与欠发达国家对网络内容的管理具有较多的限制。新加坡广播局(SBA)监控网络有害信息,包括色情的、政治的、宗教的、种族的。其《网络行为法》中明确规定由新加坡广播局(SBA)对网络内容实施管制,规定了网络服务提供商(ISP)和网络内容提供商(ICP)在网络内容传播方面所负的责任以及禁止性资料的范围。1996年,新加坡广播局宣布,为了维护互联网团体的利益和促进该领域的健康发展,对互联网实行分级注册办法。该办法的目的在于鼓励人们负责任地使用互联网,保护网络用户、特别是青少年免受非法和有害内容的侵害。韩国是第一个有专门的网络审查法规的国家。其信息传播伦理部门可以对“引起国家主权丧失”或“有害信息”等网络内容进行审查。信息部可以根据需要命令信息提供者删除或限制某些网络内容。2001年,韩国在网络内容监管领域先后颁布《不健康网站鉴定标准》和《互联网内容过滤法令》,在法律框架内确立针对信息内容过滤的合法性。越南的内务部有权监控网络内容,包括电子邮件以及网络用户在网上传输的任何信息。

有研究者通过对西方网络媒介内容监管机制的研究指出,对于网络和内容普遍实行分别管理的制度、对网络内容实行事前监管、充分发挥民间组织的作用是各国政府互联网内容监管的共同特征。具体包括以传统法规为基础进行法律监督,责令采取内容分级和信息过滤,辅以强制性的网络内容审查和监控、建立社会投诉举报机制以及倡导行业的自我协调与监管等手段。可见,对于网络内容的法治化治理是管理和控制虚拟社会的重要内容。而一般来说,西方国家传媒内容监管有三个基本原则:保障言论自由原则、优先产业发展原则和保护未成年人的原则。有学者指出,传媒内容监管机制的演进趋势体现为内容监管机制的“去政治化”,即越来越呈现出先发展后监管的特点,内容监管机制的改良化,内容监管机制的一体化趋势。由此可见,各国的国情不同,网络内容监管和治理制度也会存在差异,它与整个社会的发展状况、政治环境等都有很大的联系,所以才会出现各国政府的网络内容治理对于立法、行政、自律手段依赖程度上的差别。

付子堂认为,建设网络强国是我国社会治理现代化的必由之路,网络法治化

康彦荣.欧盟互联网内容管制的经验及对我国的启示.世界电信,2007,20(4):72—75.

钟瑛.网络内容管理的差异性与多元化.新闻大学,2003(3):49—52.

肖永平,李晶.新加坡网络内容管制制度评析.公安大学学报:自然科学版,2001,16(5):45—49.

钟瑛.网络内容管理的差异性与多元化.新闻大学,2003(3):49—52.

黄春平.西方传媒内容监管机制的历史考察.北京:社会科学文献出版社,2012.



也是建设法治中国的应有之义。治理层面,要制定立法规划,完善互联网信息内容管理、关键信息基础设施保护等法律法规。王四新等指出,在推进网络法治化建设的过程中,既要考虑技术标准与法律标准的协调统一,也要考虑网络法律体系与将来要制定的网络法之间的协调统一,还要考虑国际标准与国内标准的协调统一。还有人指出网络管理法治化的途径,包括建立多元化的网络立法渠道,逐步健全网络法体系;培养高精尖的计算机学专家,提升网络管理法治化实践的水平;注重技术控制和自调节变量。也有学者从网络舆论法治化监管的角度,指出网络舆论规制立法尚不能满足立法需求,特别是在网络舆论监管体制和监管措施及网络舆论监督的法治化等方面。

总之,网络内容的监管是一个涉及诸多方面,需要综合多种制度、手段的系统性工程。而现有对于网络内容监管问题的研究比较零散,缺乏体系化、系统性的研究成果。其中存在以下主要问题。

一是对于互联网信息内容的监管模式、演进规律、应对措施等讨论较多,而较少对网络信息内容监管涉及的制度建设、运行状况及存在问题等微观方面进行深入研究的成果。

二是对于互联网空间监管的法治化问题进行了初步的探讨,但缺乏深入划分网络空间,特别是对其中的网络信息内容进行专门、针对性的研究。

三是缺乏从言论自由基本权利等理论视角对我国网络内容法治化治理问题的深入、系统的考察。

总之,当前我国互联网内容监管的研究不仅比较零散、体系性不强,而且原则性的问题讨论过多,缺乏深入细致的研究。

### 三、研究的主要问题、思路和方法

#### (一) 研究的主要问题及研究思路

本课题重点研究以下三个方面的问题。

第一,网络内容法治化监管问题提出的时代背景、现实的制度基础是什么?

第二,当前我国网络内容监管过程中在基本权利等理论研究和认识层面,究竟存在哪些问题?如何改进?

第三,网络法治化治理“中国方案”,尤其是政府“治网主张”的内涵是什么?即在网络内容监管方面,有哪些制度实践?

---

付子堂.网络法治化是法治中国建设的应有之义.中国社会科学报,2014年6月13日第607期.

王四新.推进网络法治化需要协调的几组关系.理论视野,2014(12).

徐世甫.网络管理法治化的问题域.上海大学学报:社会科学版,2006,13(4):132—135.

王曙光.略论网络舆论的法律规制及其理论前瞻.法学杂志,2011,32(4):78—78.

本课题的研究思路包括三个部分。

第一部分是对于网络内容监管问题提出的时代背景，理论与现实基础（影响和制约因素）进行深入、详细的阐释，这也是对该问题展开研究的逻辑起点。对于网络内容的监管，一方面不同于传统媒体时代对内容的监管；另一方面，却也与传统媒体内容的监管之间存在许多的共性和联系。而通过揭示技术、传播等环境的变化，才能为实现从社会变迁到权利（制度）重构打下认识和观念的基础。事实上，由于对网络发展中各类违法信息内容的担忧，现有的制度从偏重于秩序保障的角度，更注重规范对公民权利的限制和约束。不可否认，这与我国建设法治国家的大目标之间仍存在着一定的差距，而如何实现与国家、社会其他领域整体法治发展的“同构”性，这是网络内容监管法治化过程中需要认真思考的问题。基本权利与新闻传播法已有的理论，是网络时代言论自由保护的重要理论依据，对于网络内容法治化治理体系的建构有着重要的影响，从基本权利出发可以为网络内容的监管提供理论上的指引，而新闻传播法学的相关理论同样能够在理论视野和制度建构等不同层面为网络内容法治化监管体系的建构提供帮助。

第二部分主要是针对网络内容监管“法治化”这个核心问题，重点阐述了制约和束缚网络内容监管的理论“禁锢”。通过对突出问题和典型案例的分析，同时结合基本权利等相关的理论，全面阐释了我国网络内容监管在理论研究方面存在的主要问题。这属于中观层面的研究。

第三部分是从微观层面围绕制度创新实践展开的研究。通过对网络内容治理领域具有代表性的法律文件及标志性事件的深入考察，从网络内容监管角度勾勒出了网络治理“中国方案”，特别是政府“治网主张”的内涵，展示了其制度创新的实践。

## （二）研究重点和难点

本课题的研究重点主要包括三个部分。

第一部分是对于网络内容法治化治理问题提出的时代背景、现实的制度基础（影响和制约因素）、理论框架进行深入、详细的阐释。

第二部分主要是面对网络内容监管所涉及不同领域的理论障碍，从基本权利的角度尝试提出一些新的看法。

第三部分是从网络内容监管角度勾勒出了网络治理“中国方案”，尤其是政府“治网主张”的内涵，展示了其制度创新的实践。

就本文的研究难点而言，主要有两方面。

一是对于政府互联网内容监管法治化的基本状况做出清晰的阐释。由于国情的差别，我国政府对于网络内容监管，特别是其中网络内容监管的法治化是一个重要特色。与西方发达国家不同，我国对于网络内容的监管，除了立法、司法、

自律方式对非法、不良信息等网络信息内容进行管理的手段，通过行政权力加强对网络内容的监管也是极其重要的一种方式，它弥补了当前我国网络迅猛发展中立法、司法、自律治理手段的不足。而行政权力对网络内容的监管离不开法治这个重要的现代社会调控手段。网络内容监管部门通过立法、执法、法律监督等多种形式，不断地提升着网络内容监管法治化的水平。它们构成了网络治理“中国方案”的重要内容。这是因为随着网络发展中各类问题的增多，各国政府的压力在不断地增加，加强政府在网络内容监管中的权力几乎成了各国普遍面临的问题。近年来，在这方面，我国政府已有了很多的实践。因此，从网络内容法治化监管角度需要对这个“中国方案”的特点做出系统性、富有逻辑性的阐释。

**二是对网络内容监管中的理论“顽疾”展开研究，提出可靠、具有新意的观点，是有很挑战性的。**结合言论自由基本权利以及新闻传播法学的相关理论对网络内容治理中的问题做出全面、深入的讨论，以此增强针对当前网络内容监管问题研究的“理论分量”，特别是进一步深化各方对网络内容法治化治理问题的理论认识。

### （三）研究方法

本文采用文本分析、文献研究等方法对具有代表性的互联网信息内容监管方面的规范性文件进行深入研究，以此勾勒出当前网络信息内容监管规则体系的基本状况。特别是以2014—2016年间政府网络内容监管方面的相关规范性文件、案例材料为考察对象，重点探讨了融媒体时代面对互联网信息内容传播中出现的各类新问题，政府如何进行监管（包括理念、制度、措施等）？其相关制度又存在哪些局限？如何破解等问题。除此之外，还结合对于互联网信息内容服务企业等相关主体的深入访谈，进一步全面了解网络信息内容监管法治化实践的现状。由此，大致归纳出当前我国互联网信息内容监管法治建设的基本思路、制度逻辑及演进规律。而且，在实证研究及文献考察的基础上，还通过规范研究、比较研究等方法，对我国互联网内容法治化治理中涉及的重要理论问题进行了分析。

## 第二章 网络内容监管的时代 条件与制度背景

### 一、网络内容监管所处的时代背景

#### （一）关键词展开

##### 1. 场景时代

场景是人与周围环境的关系总和，即“情景”，它既是物理属性的，例如场所等硬性要素，同时又包括心理层面的氛围等软性要素。场景其实一直都存在。传统媒体时代，以空间占领为主，比如占领马路，包括高速公路、服务区，它是一种干扰型的场景。而新媒体多以场景制造和重构关系为主，更注重软要素信息的智能匹配与传播的场景营造。罗伯特·斯考伯和谢尔·伊斯雷尔所著的《即将到来的场景时代》一书指出了与场景时代相关的五个要素：大数据、移动设备、社交媒体、传感器、定位系统。他们把这五种要素称为“场景五力”。“五力”的作用是建立人与社会环境之间的智能化连接，并认为“五种原力正在改变你作为消费者、患者、观众或者在线旅行者的体验。它们同样改变着大大小小的企业。”新媒体，特别是移动互联网的发展，我们称之为场景时代的到来，因为它改变的是人与情景之间的相处模式。彭兰认为，“而与PC时代的互联网传播相比，移动时代场景的意义大大强化，移动传播的本质是基于场景的服务，即对场景（情境）的感知及信息（服务）适配。换句话说，移动互联网时代争夺的是场景。”由于社会、技术等都发生了很大的变化，“场”既包括传统的生活场所，包括户外媒体、传统媒体，等等，也包括虚拟的互联网媒体。“当越来越多的信息与服务依赖场景这个变量时，场景本身可以成为信息组织、关系组织与服务组织的核心逻辑，可以成为信息—关系—服务等几者连接的纽带。进一步，场景本身可能成为移动媒

---

[美] 罗伯特·斯考伯，谢尔·伊斯雷尔著，即将到来的场景时代，赵乾坤，周宝曜译，北京：北京联合出版公司，2014。

彭兰：场景：移动时代媒体的新要素，新闻记者，2015（3）。

体的新入口。”有人提出,新数字时代的十大场景包括信息、交易、参与、对话、应用、位置、消遣、聚合和分发、可视化、游戏化。

### 2. 微内容

网络空间的构成单元是微内容。学者 Cmswiki 对微内容给的定义是:“最小的独立的内容数据,例如一个简单的链接、一篇日志、一张图片、音频、视频,一个关于作者、标题的元数据,E-mail 的主题、RSS 的内容列表,等等。”喻国明教授认为,“互联网用户所生产的任何数据,都可以被称作微内容”。比如,博客中的一篇日志;当当网上的一条读者书评;维基百科中一个条目的修改;Flickr 中的一张照片;美味书签中一个收藏的网址;小到一句话,大到几百字,音频文件、视频文件,甚至是网民每一次的“顶一下”和“踩一下”,这些都是微内容。微内容的特点表现为去中心化、社会性、原创性、微内容可以聚合成海量的内容、用户之间可以实现多向互动。

知识产权(Intellectual Property,“碎片化”正是新媒体时代媒介和内容的变化,互联网上各类 IP)层出不穷。与此同时,也造成了网络内容治理成为社会必须面对的问题。互联网催生 IP 时代的到来,IP 显然已经成为了当前最时髦和热闹的话题。场景时代网络内容 IP 化成为一个特点,并且组织或个人借助于优质 IP 就可以产生很大的社会影响力。场景由泛 IP 等微内容所构成,体现的是内容与人之间的关系。而这种关系表现为“内容”与人之间高水平的“适配”,更能满足人对“内容”的需求。而场景是各类信息内容连接的纽带。

### 3. 法治化

善治是现代民主社会的基本特征。它是指注重发挥政府以外第三方主体在参与国家和社会事务治理中的作用。复旦大学副教授李春成认为包容性治理是指各种利益相关者能参与、影响治理主体结构和决策过程,公平分享政策结果、治理收益和社会资源,各种利益相关者的权益能得到尊重和保障的公共治理。而包容性治理是以包容、民主和效能为特征的善治的重要维度。内生性治理是指在充分竞争的市场中,各个市场主体基于市场现实需求,在发展过程中自发产生良性秩序,实现自我规范、自我完善,政府借助这种内生性的、自发秩序及其外部化实现现代化治理的治理理念和治理方法。腾讯高级副总裁、腾讯研究院院长郭凯天

---

彭兰:场景:移动时代媒体的新要素.新闻记者,2015(3).

[美]巴里·瓦克斯曼,克里斯·斯图兹曼著,整合:实现商业转型的7大法则.于超译.北京:中信出版集团,2016:57—64.

邓顺国,宗乾进,杨黎星.微内容:网络信息服务模式的变革.图书馆理论与实践,2009(10).

邓顺国,宗乾进,杨黎星.微内容:网络信息服务模式的变革.载《图书馆理论与实践》,2009(10).

李春成.包容性治理:善治的一个重要向度.领导科学,2011(19).

赵治.“互联网+”时代背景下的内生性治理.行政管理改革,2016(3).

曾提到，在“互联网+”时代，产业之间的融合创新层出不穷，政府如果套用传统的互联网监管模式，会极大地遏制创新。因此在处理这些新问题时，迫切需要政府的管理理念实现由“监管”到“治理”的转变，其中更要特别重视包容性治理与内生性治理。他认为，所谓内生性治理，即要重视市场自身的力量，对于通过市场充分竞争验证的行业内生性管理方法，可以在行政管理中引入，并可用于完善和更新旧的行政管理机制。所谓包容性治理，即对于产业创新发展有实际需求，而且在技术上可以保障安全性和可行性，但政策上还有障碍的问题，应该尽快打通。显然，内生性治理与包容性治理之间还是存在一定的差别。它们在所针对的问题，具体内容上仍有不同。不过，二者在注重发挥政府以外第三方主体参与网络信息内容治理以及实现该领域的“共享共治”这个主要方面的认识却是基本一致的。

法治化是提升政府治理能力现代化的重要途径之一，也是治理方式的重要组成部分。有学者针对网络信息内容的法治化治理就指出，“治理层面，要制定立法规划，完善互联网信息内容管理、关键信息基础设施保护等法律法规。”由此可以看出，法治建设与治理之间的内在关联。“建设网络强国是我国社会治理现代化的必由之路，网络法治化也是建设法治中国的应有之义。”习总书记在第二届世界互联网大会上提出“共享共治”的互联网治理的“中国方案”。其实践价值在于明晰各行为主体的权利义务，健全网络空间治理体系。加强国家关键信息设施安全立法，保障国家安全和公众利益。依法加强网络社会管理，维护网络空间清朗。推进互联网国际治理法治化进程，促进互联网和平、安全、开放、合作发展。由此可见，网络内容法治化治理就是指明确政府、互联网信息服务提供商等网络参与主体在法律框架内的权利和履行相应的义务；引导普通网民通过自律实现自我管理，最终实现网络内容的“共享共治”目标。

## （二）网络信息内容监管的时代背景

### 1. 社会背景

2015年12月16日至18日，以“互联互通、共享共治，共建网络空间命运共同体”为主题的第二届世界互联网大会在乌镇举行，而网络空间的治理也是本次大会聚焦的热点话题之一。对于网络空间的监管，虽然我们仍以传统法律及在其不断完善作为应对新问题的主要思路，但是，传统法律体系对于新的网络环境

郭凯天，等：《互联网+时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016。

郭凯天，等：《互联网+时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016。

付子堂：《网络法治化是法治中国建设的应有之义》，《中国社会科学报》，2014-6-13。

付子堂：《网络法治化是法治中国建设的应有之义》，《中国社会科学报》，2014-6-13。

吕欣：《全力推进网络空间法治化》，《光明日报》，2014-12-15。

的监管所出现的种种不适却愈发凸显，如何有效应对和治理网络社会发展中出现的各种问题是我国互联网发展过程中需要认真思考的课题。如今在移动设备、传感器、社交媒体、大数据等技术的推动下互联网成为连接不同个体制造场景的工具，是完成社会各要素之间连接的高效率的方法，这就是互联网的场景时代，而场景时代也是我们对于网络本质认识更为深入的新阶段。然而，场景时代网络淫秽色情、谣言信息的肆意传播、网络人肉搜索等网络暴力现象的屡禁不绝，网络欺诈等诚信度低、信任感不足的问题屡见不鲜。还有如侵犯个人信息、流量劫持等各种新的违法行为层出不穷。这些“顽疾”无不考验着中国社会互联网治理的智慧和能力。

互联网上不良信息内容的传播对国家利益造成损害。2015年1月，媒体报道国家网信办依法关闭133个传播歪曲党史国史信息的相关微信公众账号。2016年2月28日，国家互联网信息办公室责令新浪、腾讯等网站依法依规关闭任志强微博账号。对此，有媒体报道称，针对少数网络名人无视社会责任，滥用自身影响力，在网上多次发布反对宪法所确定的基本原则、损害国家荣誉和利益的信息，因此，一批网络大V账号先后被依法关闭。互联网信息内容对社会秩序的不良影响，比较具有代表性的事件，例如网络淫秽色情信息的传播新浪、快播等网站被惩处、制造网络谣言一批网络大V被刑事处罚、虚假医疗信息的泛滥百度等搜索平台被查处，等等。2016年5月，“青年魏则西之死”等文章在网络迅速传播扩散，由此也引发了围绕魏则西离世事件所牵涉的网络服务商百度、莆田系医院等各方在其中扮演的角色及其责任的讨论。该案发生后，舆论对百度竞价广告排名体系及其企业责任产生了质疑。5月3日，国家网信办发言人表示，近日“魏则西事件”受到网民广泛关注。根据网民举报，国家网信办将会同国家工商总局、国家卫生计生委成立联合调查组进驻百度公司，对此事件及互联网企业依法经营事项进行调查并依法处理。此前，针对社会舆论对于此事件的关注，百度曾在4月28日、5月1日分别回应称，“百度第一时间进行了搜索结果审查，该医院是一家公立三甲医院，资质齐全”，“正积极向发证单位及武警总部相关部门递交审查申请函，希望相关部门能高度重视，立即展开调查”。5月9日，国家网信办调查组公布调查结果，百度搜索相关关键词竞价排名结果客观上对魏则西选择就医产生了影响，百度竞价排名机制存在付费竞价权重过高、商业推广标识不清等问题，影响了搜索结果的公正性和客观性，容易误导网民，提出了立即整改的要求。除此之外，互联网违法信息内容传播对公民合法权益的侵犯则更为普遍。主要体现在网络信息内容对他人侮辱、诽谤而造成的名誉权侵害，个人信息泄露造成个人隐私权的侵害以及对他人信息网络传播权等合法权益的侵害，等等。

参见中国青年网，<http://fun.youth.cn/2016/0228/3931931.shtml>，2016-02-28。

## 2. 政策及法律背景

2011年3月10日,第十一届全国人大四次会议第二次全体会议上,全国人大常委会委员长吴邦国同志作全国人大常委会工作报告时指出,2010年中国特色社会主义法律体系如期形成。中国社会科学院法学研究所所长李林认为,“2010年是中国特色法律体系形成之年,以宪法为统帅,以宪法等多个法律部门和法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多层次的法律规范构成的中国特色社会主义体系已经形成,国家各主要方面实现了有法可依。应该说,这是改革开放30多年来中国法治建设的一个具有里程碑意义的成就。”经过30多年的努力,我们基本实现了社会主要领域“有法可依”的目标。不过,对于网络信息内容的治理而言,这个领域的立法任务仍然非常艰巨。毕竟,互联网虽已经发展了十几年,但是,在人类的监管和治理历史上它仍然属于新生事物,对互联网的发展规律很多人仍缺乏足够的认识,对信息时代的到来准备不足,这就导致作为对因互联网发展形成的各类新型关系和社会问题,未能及时建立起监管的规范和制度,而这也是情理之中的。不过,随着互联网应用的日益普及,网络内容治理的法治化也就变得愈发紧迫。2015年3月5日,第十二届全国人民代表大会第三次会议国务院总理李克强作政府工作报告中提出“互联网+”战略,这标志着“互联网+”正式上升为国家战略,而“互联网+”治理就成为“互联网+”系统的重要组成部分。事实上,2014年2月,由习近平总书记亲自担任组长的中央网络安全和信息化领导小组宣告成立。该机构的办公室设在国家网信办,国家网信办同时加挂中央网络安全和信息化领导小组办公室的牌子。这个机构的成立,为互联网信息内容治理体系的建构指明了战略方向。《求是》杂志的一篇文章,指明了这次会议的重要意义。“这从根本上构建起科学高效的互联网治理体系,吹响了建设网络强国的嘹亮号角。‘管得住是硬道理,正能量是总要求’,旗帜鲜明,切合实际。”“管得住是硬道理,正能量是总要求”,这是当前阶段我国互联网治理体系建构的基本思路。而针对这个精神内涵的理解是:一方面,“管得住”指明了互联网信息内容治理体系第一阶段的主要矛盾——即网络内容治理中存在着无法可依以及权力制度漏洞的突出问题,因此,加强权力主导下的“监管”是互联网治理体系建设第一阶段的主要任务。另一方面,“正能量”是指互联网治理体系的建设必须坚持“管媒体的原则不能变,党管干部的原则不能变,坚持正确的舆论导向不能变”,即三个“不能变”的基本原则。它们是“正能量”的制度保障。2016年2月19日,习近平同志到人民日报社、新华社、中央电视台考察,主持召开党的新闻舆论工作座谈会并发表重要讲话。其中就提到面对当前舆论环境、媒体格局、传播方式的深刻变革,要坚持党管媒体的原则和制度不能变。“党和政府主办的媒体必须姓

---

贺永强.立足管得住,给力正能量.求是,2014(9).



党，必须增强看齐意识，自觉在思想上、政治上、行动上与党中央保持高度一致。党管媒体的原则必须得到全面贯彻，一切从事新闻信息服务、具有媒体属性和舆论功能的传播平台，都要纳入依法管理范围，这是事关国家意识形态安全、政治安全的大问题。”由此可见，加强法治建设是国家层面对于网络内容治理的总基调，党管媒体的原则和制度是实现网络“正能量”总要求的可靠保障。同时，这个政策对于我国互联网信息内容监管体系和制度的建构而言也具有重要的指引作用。2014年8月26日发布的国办〔2014〕33号文件通知称，为了促进互联网信息服务健康有序发展，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护国家安全和公共利益，授权重新组建的国家互联网信息办公室负责全国互联网信息内容管理工作，并负责监督执法。这为互联网信息内容监管提供了组织上的保障。之后，互联网领域立法进入了快车道。

自从2014年在国家层面成立中央网络安全和信息化领导小组，并且由国务院授权重新组建的国家互联网信息办公室，由其负责全国互联网信息内容管理工作，并负责监督执法，此后迅速拉开了互联网信息内容监管规范建设的大幕，互联网立法工作快速推进。

首先，技术的发展，媒介的融合对治理体系提出了新的要求，因此，立法必须适应新的环境，出台针对各类新媒体形式的法规。针对即时通信工具应用、网络出版服务、移动游戏出版服务、专网及定向传播视听节目服务、网络表演等监管规范的出台，还有互联网广告管理暂行办法、互联网信息内容管理行政执法程序规定（征求意见稿）等规范性文件的制定，使媒介融合背景下的网络信息服务得到了更为有效的监管。这体现了政府部门能够与时俱进，根据媒介和传播的变化及时调整监管理念和方式。

其次，针对网络媒体的管理制度日趋完善。互联网信息搜索服务规范、APP管理规定等规范性文件的出台，政府部门进一步拓展了网络环境中对于媒体的监管范围，几乎涵盖了各种类型的网络媒体形态，反映出互联网全面监管时代的到来。特别是针对网络信息服务的管理，政府陆续出台了多个监管规范，建立了互联网新闻信息内容服务的监管制度。

最后，在“互联网+”时代，权力机关不断地加强自身权力的规范化运作。这体现在政务公开工作意见的发布、针对媒体发布禁止令制度的探索、法庭规则修改中涉及的信息公开方面的变化，等等。通过对公权力更有力的监管，以此更好地保障传播活动中公众的权利。而网络空间监管经验的不足以及网络信息服务发展中出现的利益博弈，等等，都说明政府的网络治理呼唤理论的创新。快播案中

---

评论员文章：把坚持正确政治方向摆在首位——二论学习贯彻习近平总书记新闻舆论工作座谈会重要讲话精神，人民日报，2016-2-22（1）。

针对“技术中立”的争论、魏则西事件引发的ISP法律责任的思考、关于虚假新闻规制法律标准问题的讨论，等等，这表明网络的治理越来越离不开对于理论问题的研究。

经过对网络内容监管制度不断地摸索，特别是近三年的网络法规及监管制度的建设，到了2016年，我国的网络监管规范体系逐步完善。由此也可以看出，网络治理的整体思路和大体框架已经成形，这个领域已经基本做到了“有法可依”，这是建设互联网治理体系中极其重要的一步，具有重要的意义。今后，网络信息服务的监管制度将从立法这个重点逐步转向“立法、执法、法律监督”相结合的全方位法治建设，从注重法律的数量向重视法律的质量过渡，从关注规范的合理性向强调其合法性转变。这就需要网络信息服务监管政策在总结我国已有互联网治理经验的同时，更加重视政策、制度的多元价值，在创新与稳定、活力与秩序、网络安全与权利保障之间做出平衡，促进社会的协调发展。

### （三）场景时代网络内容治理面临的机遇与挑战

在技术、媒介变革所引发的传播规律的变革，已经对网络空间以及社会生活产生了越来越多的影响，而在场景时代对于网络内容的规制也面临特殊的挑战和机遇。

从网络行为关系转向网络生态关系背景下的网络法律监管将面临诸多挑战。

网络社会中人群聚集的形态不再仅仅看作分割的、单独的个体之间相互行为构成的社会关系，而网络生态对于网民行为产生了较大影响，网络的构成是一种生态化的组织结构。比如，具有某种兴趣或者属性、特质的社群对于该社群成员的行为就有某种“规定性”，这是所有成员共同塑造的某种“圈子”文化，它并非平台所有者（社群拥有者是所有成员），比如群主所能控制。而平台功能的衍化也是遵循了“生态”原则，即会朝着符合社群整体期望、特性的具有一定的相关性、一致性的功能方向不断地发展、壮大。可以说，网络是“群”的世界，人的社会性而不是个体性的特性会体现得更加鲜明。平台的构成会随着场景、新需求的出现而随时产生。所以有人形容，网络空间是“聚沙成塔”，可能又会在“一阵风”过后瞬间就变得“无影无踪”。所以说，网络是由一个个场景所构成的，其中不仅仅有个体的行为在起作用，更有“场景”本身、群体对于个体及其之间的相互影响。因此，对于网络的监管要综合考虑主体、行为、社群、平台等多方面的因素。

平台功能退化，公众成为场景的主导者。平台退回到单纯“媒介”的地位，平台是任何人可自由流入、流出的“中转站”，平台之间只有“高频”与“低频”，“高密集度”与“低密集度”的差别，网民是可自由进出的。入口的概念正好体现的是那些高频、高密度的网络平台。所以说，在理论上，场景中的“平台”并不该承担无限的责任。而无论是对于网络信息传播权还是对“微信传播”等网络行

为的监管规范中，对于平台施加过大的监管责任，让其承担超过其现实能力的义务，这样的做法效果是不容乐观的。但是，基于网络的特性可以对意见领袖等不同类型的网民建立不同层次的约束义务。

首先，网络生态发展应该追求一种动态平衡，社群的生死也当是正常的现象。网络监管就是要研究场景背后的动因，遵循政策、法律、自律一体化的治理思路，对症下药，多管齐下方能标本兼治。所以说，仅仅依靠监管部门不断地出台针对各种不同媒介的法律法规，试图实现对网络内容的全面监管，这几乎是无法做到的。网络内容的治理主要还是应该依靠社会的力量而不是公权力的介入，通过多方参与，发动社会成员的自我约束来实现网络治理。法律应该进入软法之治，动态调节才能适应传播生态变动不居的规律。

其次，从场景的社会活动来看，网络生态空间参与者及话题的多元复杂性，使对于网络的监管无法单凭公法或者私法，而是公私共同发力。网络空间主体的多元性造成活动的性质很难判定，政治、经济、文化的活动可能共存，这将导致单纯地处理公法或者私法关系的法律很难满足场景时代网络监管需要。于是，就出现了对于隐私权、个人信息权、名誉权的宪法等公法的保护。而对于知情权、表达权等“公权”性质的权利，又将会运用人身权利、一般人格权等民法权利来保障。

最后，网络以“链接”为特征，而通过链接打通O2O，从而实现了人对于社会生活的各个方面的全面的需求。故而网络监控与责任体系应该是全程的、完整的，而不是部分的。

场景时代网络的法律监管和网络内容的治理既面临挑战，但也同样存在一些机遇可以把握。

首先，网络时代，是权利宪章得到更好的落实，人的价值、潜力更大解放的时代。传统社会，权利义务虽然是立法的基本原则，但重义务轻权利几乎是公法领域中的普遍现象。在网络时代，知情权、表达权、参与权等宪法性基本权利在网络时代能够更好地从规范走向现实。网络反腐、网络问政等政治文明方面的进步都是最直接的体现。

其次，网络构成的关系变成一种可测量的精确关系，在这些关系当中的“位置”“关系状况”，发挥的作用变得可以测量，这就使大数据手段的技术，不仅能运用于消费市场的服务，也能用到对于网络社会的监管和治理当中，这是网络治理的有利条件。特别是对于提升法律实施的精确性具有重要意义。

最后，场景时代了解网络发展的规律后监管就能做到可预测。场景时代网络的发展规律之一，即“相关性”需求构成另外一个新的场景，它们之间存在一定“需求”的关联，这对于法律的要求是，应有一定的预测性。因此，场景时代大数据技术的发展正好可以在这方面发挥作用。

## 二、新闻传播法及其研究对网络内容监管法治化的影响和制约

由于网络内容的监管涉及对网络言论自由的限制，而言论自由历来都是新闻传播法学研究的主要问题。新闻传播法学在长期的发展过程中形成的概念、原则和制度都对言论自由的规范和保障起着重要的作用。而当今世界各国对于网络内容和空间秩序的维护主要还是依靠针对传统媒体上内容的法律规范以及与新闻传播相关的制度来管理网络内容，但同时又会根据新的环境对其加以完善以应对媒介变局中的“内容”变化。可以说，各国都是在原有新闻传播法律体系基础上建立起了调整网络内容的规范系统，由此保障着网络时代的言论自由和秩序。因此，新闻传播法学理论和新闻传播法律制度的发展对于网络内容的监管与治理能够产生重要的影响。当前我国新闻传播法与研究中存在的一些问题和缺陷则对网络内容的监管构成了制约。不过，由于网络空间与传统媒体的传播环境仍存在较大差异，因此，网络内容的规制和治理与原先新闻媒体相关的规范、制度之间既有联系，也会存在差别。

### （一）新闻传播法及其研究中存在的问题

#### 1. 新闻传播法的功能失衡

对于新闻传播法的体系性问题，已有不少学者对此发表了看法。而这些体系性的问题，是制约新闻传播法发展的宏观层面的重大问题，或者是新闻传播法所要解决的最重要的问题。所谓体系性问题，主要是指新闻传播法内部存在的发展不协调、失衡等根本性问题。主要表现在新闻传播法的功能失衡、结构失衡、理论与实践发展失衡。

在功能方面，新闻传播法更倾向于对于言论自由的限制，而对于权利的保障不足。新闻传播法的最核心问题是新闻自由（言论自由）如何在理论和实践中获得保障的问题。而新闻传播法所应赋予权利的作用目前还滞后于对于权利的限制。

第一，新闻传播公法领域当前比较突出的问题是记者的采访权、报道权等权利屡次受到侵害，这与法律保障的不完善不无关系。国外对于记者权利的保障都比较重视，主要体现为记者的新闻采访活动不受外界的干预，包括记者采访获得的相关录音、录像、笔记等材料不允许随意公开，而且在一定的条件下记者享有拒绝向法庭透露证据来源的拒证权。目前，美国的30多个州，还有欧洲等世界上的很多地区都依法保障记者享有拒证权。另外，编辑部也不允许进行非法搜查。

第二，新闻传播私法领域对于新闻自由权利的保障还缺乏有效的制度。我国

---

李丹林：传媒法学学科建设刍议，现代传播，2005（1）。

对于新闻传播活动在私法领域权利的保障,虽然是新闻传播法研究中起步最早的,但是至今该领域新闻自由权利的发展还存在不少问题。在新闻侵权领域,目前我国已经形成了真实性抗辩、特许权抗辩、公正评论抗辩等在新闻侵权案件中保障新闻自由权益的制度,但是实践中的效果并不理想。新闻传播侵权案件中媒体败诉的概率仍然高于其他国家。其中的原因是多方面的,它涉及新闻权利保护的相关法律规定、认定标准(构成要件)、举证责任分配、诉讼制度等很多问题。就真实性抗辩而言,我国名誉权的司法解释中就规定,新闻媒体报道的内容“严重失实”就可构成名誉侵权。英国近几年对诽谤法进行了修订,其修改的理念源于对新闻自由保障的认识从过去的“出错权”发展到了“知情权”,由此在新闻自由权利的保障上面又进了一大步。“出错权”是基于报道是否真实,而知情权是从公众利益的角度来判断媒体对于报道内容失实是否要承担责任。只要媒体是“负责任”的发表,即已经履行了基本的注意义务,即便其对于公共利益的报道出现了失实情况也不必承担责任。这就是为了更好地保护言论自由而专门做出的制度安排,也就是公共利益抗辩的制度(雷诺兹特权)。总之,新闻传播权利的保障在新闻传播法中还存在着较大的发展空间。但是,在另一方面,在新媒体的发展过程中,对于新闻、言论自由的限制却在增加。新闻媒体在我国一直是国家机构中的组成部分,尽管随着市场化的改革,媒体也开始走向市场化,但是经济上的市场化并不代表其扮演的政治角色也发生了变化。“无论什么情况下,党和人民喉舌的性质不能变,党管媒体不能变,党管干部不能变,正确的舆论导向不能变。”在此情况下,媒体要受到来自权力机构的“管理”,而这种内部管理主要是依靠各类行政法规对其加以约束和监管。而新媒体的发展,引发各种社会问题频发,国家成立相关的机构制定了各类法规对网络加强管理,此类法律法规从维护秩序的角度出发,大多都体现了对权利进行限制的思路。

### 2. 新闻传播法的结构失衡

新闻传播法学经过数十年的发展,从围绕新闻立法的争论、经历新闻纠纷中新闻权利保护的探讨,再到内容的体系化,学科的基本内容及发展路径都比较清晰,可以说,这个学科已相对成熟。但是,经过这么多年的发展,仍存在一些问题。比如,新闻传播法公法发展的结构失衡。这种失衡应该说体现在两方面。

一是新闻传播公法、私法研究之间的失衡。对于名誉权、隐私权、著作权等人格权问题的探讨,学者们热情高、持续时间长,似乎这就是新闻传播法学研究最重要的内容。不可否认,新闻传播法学者对于人格权的研究不仅有其自身优势,而且从新闻自由权的角度切入研究也捍卫了新闻传播法最核心的价值——新闻自由。但是,无法回避的后果是,这些将精力集中于围绕人格权对新闻自由的研究

---

徐人仲:新时期“新闻党性”的内涵和时代特色,《中国记者》,2009(8)。

究，忽视了言论自由、新闻自由及其权利实现等公法问题的研究，而后者对于新闻传播法而言更显珍贵。“新闻法学是一块看似繁盛，实则近乎荒芜的领域。繁盛基于众多研究集中于‘媒体与权利’的冲突；而荒芜基于‘媒体与公权力’差不多一直无人问津。这与国内长期的研究氛围有直接联系，主要是与国内的公法研究不深入有关，不是我国传媒与公权力不存在冲突和矛盾，而是长期以来我们对它视而不见、避而不谈。也正是这种非理性的规避，造成相关学术研究的空白。”

二是公法领域，“权利—权力”失衡的现状令人担忧。“就现状而言，目前的法律法规条文对新闻传播媒体的限制权具体、细致，而对新闻传播工作的保障权则显得粗放。在所有法律条文中，权利与义务应是对等对应关系，而在新闻传播领域方面，目前看来，则显得有些失衡。法律除了应该保护受众的合法权益外，保护新闻工作者的合法权益也不容忽视。”而研究的偏失会进一步加重这种状况。如果要矫治当前研究失衡的现状，就需要从对于新闻传播法学系统性研究不足的反思开始。很多学者都已经认识到系统性研究的重要性。“在‘新闻法’尚不能出台的众多复杂原因中，学术研究的偏颇却总是被忽略，研究方法的迷失带来学理探讨的浅尝辄止、宏观研究的乏善可陈以及学科之间的壁垒隔膜。其背后透露出不容回避的学术勇气的不足和技术细节研究的缺乏。”与新闻传播私法领域研究的热闹形成鲜明反差的是“公法”领域研究的冷清。这并不是说该领域的问题少，缺乏研究的价值。相反，由于我国法治化起步时间短，违反法治对新闻或言论自由加以限制的现象在生活中也并不少见。网络的发展确实造成了一些社会问题，然而，公权力由于急于加强监管，维护秩序，也暴露出权力“合法性”方面的诸多问题。这些都说明该领域应该是新闻传播法研究的重要领域。

最后，新闻传播公法中，新闻自由往往会与司法独立、国家安全、社会道德和秩序等诸多价值产生冲突，而这些情况下如何保障新闻自由，这都是十分重要，却极有挑战性的问题。对于公法领域的研究和相关问题的完善，一方面需要确定新闻传播法权利保障的相关制度。立法层面，包括法律保留原则以及通过立法体现对于核心言论——作为最高位阶宪法基本权利的地位，加强对其的保障。另一方面，探索对于权力机构行为的审查制度。在司法审查制度难以发挥保障宪法权利的情况下，应该先在立法层面加强对于法律的审查，等条件成熟时，再逐步探索司法对于宪法言论自由权利的保障。

除此之外，新闻传播程序法围绕新闻调解的相关理论研究也是新闻传播法学

牛静：论新闻自由权的具体化——对《中华人民共和国新闻法草案》（送审稿）的研究与建议，华中科技大学博士论文，2008。

赵中颖：新闻立法刍议，现代法学，2003（1）。

张晶晶：为什么我们没有“新闻法”——反思我国新闻传播立法研究，政法论丛，2014（1）。

研究中的一个热点。特别是围绕替代性纠纷解决( Alternative of Dispute Resolution, ADR )非诉讼制度,包括新闻调解、仲裁、评议投诉等制度展开的讨论已有不少。但是,相对而言,新闻纠纷解决的 ADR 制度在实践中的运用却不是十分理想。自从 20 世纪末我国第一个新闻调解机构在天津成立之后,调解制度并未出现在全国范围普及的迹象。新闻仲裁是当前呼声最高的,正如学者们设想在一部分法院建立新闻仲裁院,这将为新闻纠纷建立起独特而有效的解决制度。不过,目前这个设想仍然还处于理论探讨层面。与前两项不同,新闻投诉评议制度是这些年真正被“落地”的制度。近年来,各地纷纷建立新闻道德委员会,它是应对新闻媒体发展中出现问题的自律机构。在新闻传播领域,ADR 制度比较有代表性的制度是韩国和美国。韩国建立了新闻仲裁制度,而且仲裁机构具有较高的权威性,对于纠纷拥有调查权,其经费来源主要依靠政府和广电媒体基金,仲裁结果具有较强的法律效力。而美国的新闻评议会制度主要是通过举行听证解决新闻纠纷,其并不拥有调查权,经费来源也并不稳定。不过,美国的新闻评议制度也与我国的新闻投诉机制有所不同,最主要的差别是我国的新闻投诉机构的主要任务不是新闻纠纷的处理,而是对新闻媒体不当行为的惩戒。除了 ADR 制度,新闻纠纷解决的诉讼制度和程序问题目前还未引起学者们的重视,这方面的讨论还是很少。

### 3. 理论与实践的失衡

社会的进步、技术的发展等促使言论表达、信息传播活动更加频繁的同时,公众对于信息、传播自由的需求也越来越大。国家已经确立了依法治国的基本方略,可以预期包括新闻传播在内一切活动的法治化建设将是国家治理能力现代化过程中的重要组成。社会的发展进步离不开对言论自由的保障。过去,我们在讨论新闻立法时,曾经提到过新闻传播法的基本原则问题,认为新闻传播法的基本原则是“既保护言论自由,又要防止言论自由被滥用”。可以说这是两点论,虽然很全面,但是并不能满足新闻传播法实践中解决具体问题的需要。新闻传播法的基本原则应该既全面而且能够对实践问题的解决有帮助。诸如比例原则、利益平衡原则、第三人效力原则等这些原则可能会对新闻传播实践中具体问题的分析和解决更有价值。制度方面,一些微观的制度,包括禁止事先限制、明显而即刻的危险、公共利益抗辩制度等制度是西方新闻传播法实践中逐步发展形成的重要制度。我们新闻侵权领域,更多专注于个案的探讨,但对新闻传播基本原理等系统性的归纳和提炼还远远不够,而新闻传播私法下一步发展的方向正是在于通过理论的梳理和体系化来改善现有研究的体系性、科学性不足的状况。不少人呼吁,应制定专门的新闻传播法,这对于新闻传播法的发展以及新闻传播法学研究将产生重大的促进作用。不过,立法需要有扎实的理论积累,特别是先要在新闻传播法的基本原则、新闻自由与其他权利关系的调节(制度建设)、立法技术的研究等诸多方面做好理论准备。

## （二）新闻传播法的根本任务及其体系化的路径

### 1. 明确新闻传播法的根本任务是保障新闻自由

新闻传播法学的体系化既要兼顾新闻传播法学研究各个方面的内容，同时要能体现出重点。而这将不仅限定新闻传播法学的研究方向，更会对新闻传播法实践层面的各个维度（要素）——概念、原则、规范均构成影响。从这个角度，有人就提出新闻传播法学研究的基本思路。“基于新闻传播法学理论建设的推进和现实新闻传播立法的需求，应首先在思想和理论上明确新闻自由是谁的自由，谁可以办报，如何协调采访报道和国家公权力的关系等问题，同时必须关注新闻传播立法技术的研究，例如舆论监督的规范体系，为新闻来源保密的规则归属等细节问题。”所以，应该先明确新闻传播法的根本任务和核心使命在于保障公民（包括新闻记者）组织的新闻自由权，在这个前提之下整个新闻传播法的研究可由此展开。

从新闻传播法学研究的发展历程来看，新闻传播法学最早从新闻立法的讨论开始。此时，新闻传播法学的研究，大多是对策性的研究——围绕如何立法展开，同时，也体现了对于原则性问题的研究。比如新闻传播法的原则是保障新闻自由和对其加以限制。因为是研究的起步阶段，对于许多重要问题都没有来得及进行深入、持续的研究（例如新闻自由是谁的自由等问题至今都存在争论。还有对于言论自由的内容、各类具体的新闻自由权都有哪些、其相互关系如何等问题都没有深入探讨）。不过，可以说，这个时期讨论的重点集中于新闻传播公法问题的讨论，这对于今天对相关问题的研究依然有指导意义。随着市场经济的发展，整个社会民主法治的进步，新闻传播领域的司法纠纷也在增加，于是，新闻侵权成为社会关注的热点。因此，很长一段时间，新闻传播法学都将新闻侵权作为研究的重点。新闻侵权领域的研究，一般以新闻传播活动与公民个体人格权的关系为对象，围绕个人民事权益展开，好处在于一方面紧密联系个案，具有很强的实践性；另一方面，这种研究与司法机关形成了良好的互动，并且确立了微罪不举、公正评论、特许权等保障新闻自由权的具体权利和制度。这就为新闻传播法学的研究走出呼吁“立法”的对策性研究困境，探索出了一条全新的路径。这些宝贵经验也将为新闻传播公法领域的研究提供参考和借鉴，从而推动整个新闻传播法学的进步和发展。所以说，对于新闻侵权的各类研究也具有十分重要的意义。同时，值得注意的是，这种对于人格权的研究不同于纯粹私法的研究，而更多地体现了私法公法化的趋势。从20世纪中叶开始，德国在“吕特”案中确立了基本权利的第三人效力，美国称为国家行为理论，但实质是相同的，即公法价值在私法中获得重视。“吕特事件”是指时任汉堡市新闻处长的吕特在“德国电影周”的开幕典

张晶晶：为什么我们没有“新闻法”——反思我国新闻传播立法研究，政法论丛，2014（1）。



礼上公开号召抵制曾为纳粹拍摄电影的导演法特·哈兰，因此被后者的制片公司提出民事侵权损害之诉。吕特败诉后，向联邦宪法法院提出宪法诉愿，要求保障自己的言论自由权。联邦宪法法院最终判决吕特胜诉。这是基本权利宪法保障的典型案列。1958年，德国联邦宪法法院对吕特案做出判决，该判决确立了一系列重要原则，即表达自由等基本权利可对私法领域产生辐射效应，基本权利的客观价值秩序可作为基本权利与私法益发生冲突时的衡量标准。在20世纪末围绕新闻侵权的讨论中，国内学者已自觉地将“第三人效力”的精神内涵运用于新闻传播活动引发的私法关系当中，由此提出加强新闻传播权利的主张。“这个问题贯穿于新闻侵权研究中。论者以为，人格权为基本人权，固然应当重视保护，言论、新闻自由亦属于基本人权，同样不容忽略。尤其是宪法已明文规定了公民对于任何国家机关及其工作人员的批评建议权，在新闻诉讼中理应予以贯彻维护。论者提出，因批评公职人员而引起的新闻侵权案，其中法律关系具有双重性，不仅存在民事关系，而且存在公民监督公职人员的政治关系，对公职人员起诉应有抑制”。此外，在对新闻传播领域的公众人物名誉权、诉讼程序等问题的讨论中也都有这个理论的背影。

今天，新闻传播法学同样是站在承上启下的新起点上，而其使命在于继续坚持新闻传播法保障新闻自由这个中心任务，同时，在过去新闻传播法学研究的基础上，不断地完善新闻传播法学的研究体系。即将新闻传播公法问题作为重点进行研究。包括明确新闻传播法的原则、突破理论难题——新闻自由权、舆论监督权等，并且从实体性、程序性权利角度厘清公法领域新闻传播的相关权利及其关系。还有，围绕相关权利建构起具体的规则，由此形成权利保护的制度体系。即从概念、原则、规则新闻传播法的三个要素出发，推动新闻传播领域法治化水平的不断提高。而新闻传播法学公法领域理论的发展，也将为司法、立法中新闻自由权的保障创造条件，而且对于提升社会普通公众的民主、法治意识也将大有裨益。

### 2. 厘清新闻传播法的基本原则

新闻立法的原则与新闻传播法的基本原则是不同的。学界对于前者的讨论较多，而对于后者的关注往往不够。关于新闻立法的基本原则，早在1980年冬，著名法学家张友渔在接受记者采访时即提出新闻法应该一方面保障新闻自由，保障新闻工作者的正当权利，另一方面限制、制裁违背宪法和法律的言论，“既要保障新闻自由，又不许滥用新闻自由”。不过，也有学者有不同的意见，“一部分人士侧重于强调保障新闻自由，以至提出‘社会主义新闻法是新闻自由保护法’的命

参见魏永征：中国新闻法学的回顾和前瞻，<http://www.lwlm.com/faxuelilunlunwen/200806/46054p2.html>。

参见魏永征：中国新闻法学的回顾和前瞻，<http://www.lwlm.com/faxuelilunlunwen/200806/46054p2.html>。

题。”还有人提到新闻传播法的基本原则，包括“新闻自由原则、权利不得滥用原则等”。新闻传播法的使命当然是“既要保障新闻自由，又不许滥用新闻自由”，但是，任何问题都有矛盾的主次方面。对于现阶段而言，新闻传播法对于权利保障的诉求要大过对于权利滥用的顾虑。所以说，新闻传播法才应该将保障新闻自由作为最核心的任务。另外，新闻自由的主体是谁？有学者曾指出，“中国的新闻法律体系至少应包括这样几方面内容：第一，对新闻事业的权利义务的规定；第二，对新闻主体——新闻工作者权利和义务的规定；第三，对于广大受众权利和义务的规定。缺少了其中任何一项，新闻法律体系就不健全。”由此可以看出，新闻传播法的主体既包括媒体里的新闻工作者，也包含广大的社会公众。

我们认为，新闻传播法的基本原则需要满足一些要求，比如，不能偏离新闻自由这个核心；尽可能具体，对实践有指导性；统摄力强，要能涵盖公私法所有的领域等。由此可以说，事前禁止、即刻危险、微罪不举、公正评论、公共利益等，这些在国内外新闻法制发展过程中逐渐形成的，有助于保护新闻自由、言论自由的理念就构成了新闻传播法的基本原则。前面两项是新闻传播公法原则，是新闻传播公法关系法治化过程中应该遵循的。其背后体现的是比例原则这个公法帝王原则，也可以说，比例原则具体到新闻传播法领域就体现为事前禁止、即刻危险。它们是从客观法角度，对于立法、行政、司法权中“不当禁止”这个法治要求加以落实。虽然这两项原则体现了防御功能和客观价值功能，不过，它们的缺陷在于没有体现出对于新闻自由权的保障功能——受益权功能。后面三项“微罪不举、公正评论、公共利益”是对于新闻自由权在私法领域发展成果的总结，其特点是适用性强，本身就源自实践，尤其是对于新闻传播私法关系可以给予指导。新闻传播法的原则来源于新闻传播法在言论自由保障、与人格权关系处理中长期以来形成的认识，具有一定的稳定性。同时，随着新闻传播法实践的发展，新闻传播法的原则也会具有一定的弹性，会随着实践而不断地丰富。

### 3. 新闻传播法体系化的基本逻辑

面对新闻传播法中法律法规不完善、权利发育不成熟等问题，亟需加强新闻传播法的体系化。应该说，新闻传播法研究中既需要对逐项微观的权利加以深入的研究，又要从系统上对于新闻传播权利体系形成整体性的认识，增强规范的科学性、体系性，同时，解决新闻传播法中法规冲突、权利保障力度不够，权利不完善等结构性的问题。可以说，任务相当繁重。体系化不强造成研究枝枝蔓蔓，制约着新闻传播法学中概念、原则和制度等问题在理论上的发展。比如，监督权方面，对于媒体监督、舆论监督等概念的讨论很多，但是，其具体包含哪些权利

参见魏永征：《中国新闻法学研究的回顾和前瞻》，<http://www.lwlm.com/faxuelilunlunwen/200806/46054p2.html>。

赵中颖，洪海林：《新闻法学研究的体系化缺失及新路径》，《新闻与传播研究》，2006（2）。

赵中颖：《新闻立法刍议》，《现代法学》，2003（1）。

至今仍然没有清楚的答案。很明显,监督权属于知情权、表达权、参与权、监督权中的一种宪法性权利,但它与言论自由、匿名权、拒证权等各类微观权利又都是何种关系?还有如何将其制度化?这都需要首先将这些具体权利的内涵明确下来。有学者也提到,“舆论监督作为一个法律概念如何界定?如何认定政府信息不公开是错误的?采访请求遭遇政府拒绝,记者和媒体如何申请法律救济?可以采用哪些采访方式?适用列举法还是归纳法?舆论监督受到的法律限制是什么?如何协调舆论监督与公民隐私权、名誉权、肖像权等基本人格权的关系?以及如何与行政法、民商法、刑法等基本法律的相关条款的衔接,等等,还要注意前后一致,避免矛盾。”应该说,在新闻传播法中,类似的权利内涵不明确,关系没有理顺的情况还很多。因此,迫切需要加强对新闻传播法的体系化研究。我们认为,可以按照“宪法权利—言论自由(四权)—各项具体权利(卧底权、拒证权等)”的逻辑顺序从不同的层面依次展开,搭建新闻传播法的权利体系,逐步恢复新闻传播法的人权保障功能,进而实现新闻传播法的结构合理、利益平衡的理想目标。

首先,宪法是母法,从宪法的高度思考新闻传播法中的权利,就是从权利的顶端做好了新闻传播法体系的顶层设计,加强对网络时代新闻传播权利保护的深入研究。而且,“我国宪法和法律关于言论界限的规定与联合国在《世界人权宣言》基础上通过的《公民权利和政治权利国际公约》第十九条第三款的限制规定基本一致。”

其次,明确言论自由的相关权利。网络时代,言论自由权不再是消极的权利,而是需要政府加以保障的积极权利。宪法性权利保护从静态(发言)转向动态(政治参与、社会运动),从狭义的言论保护转向与“言论”相关权利一起保护的广义的言论自由。网络时代造成个人参与、行动的“可能性”大大提升,因此,这是传统的言论自由的认识和保障制度可能已经无法容纳的。比如,AISAS是由电通公司针对互联网与无线应用时代消费者生活形态消费者行为分析模型——Attention(注意)、Interest(兴趣)、Search(搜集)、Action(行动)和Share(分享)。对于其他类型网络行为的分析,同样可以借鉴这个模型。由此可见,完整的网络行为轨迹必然包含“行动”这个环节,无论是线上还是线下。所以说,除了对知情、表达、参与、监督这些网民行为的研究,还应该遵循公众社会行为的发展规律,继续完善对于集会、游行等其他行为及其制度化问题的研究,实现从社会行为的延伸到权利的延伸,这对于全面保障言论自由具有重要的意义。

再次,重视对于“四权”的研究。十七大报告确立的“四权”是新闻传播法体系化的宝贵资源,它不仅是国家层面对于言论自由权的背书,更是网络时代网

---

张晶晶.为什么我们没有“新闻法”——反思我国新闻传播立法研究.政法论丛,2014(1).

崔福臣.论言论自由的边界 2014, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=81874>.

民政治权利体系化的一条重要思考路径。“知情权、表达权、参与权、监督权”是对言论自由权的重要展开，相关权利的完善可以接续下去。

最后，要在“四权”之下，探讨如何通过各项具体权利的发育，在继承的同时不断地发展，尽可能地丰富新闻传播各项权利和具体制度，使其为权利的制度化打好基础。新闻权利中具体权利的研究，例如合理怀疑权、拒证权、匿名权等各类权利也都可以在这类上位权利概念下有序展开。

另外，对于新闻传播法的体系化研究，还离不开微观、中观、宏观三种视角的深入研究。在微观上，应该加强对于相关法律、法规体系中的法条违宪、法条冲突，法规的标准不统一等问题逐一进行审视。在中观层面，加强对于具体权利的研究，在权利论证清楚的基础上推动权利的“法律衔接”。而且，在权利体系形成和各项理论准备基本成熟之后，国家层面也应该制定权利完善的路线图、时间表。其中既要促使媒体新闻传播权利的发育，也要加快个人传播权利的建设。特别是媒体权利在落实宪法权利中具有重要的作用，因此，有必要在加强和完善媒体在新闻传播中的特殊权利。在宏观层面，应该重视法益的平衡，从人权保护的高度，处理新闻传播活动中人权保障与社会秩序二者之间的关系，特别是应该坚持从国际视野出发做好“顶层设计”，切实加强新闻传播法对于宪法权利的保障功能。因此，网络的规制亟需创新性的研究，提出适应风险社会的治理对策。

### （三）新闻传播法对于网络内容监管法治化构成制约的具体体现

新闻传播法对于网络内容监管体系的制约主要体现在以下方面。

#### 1. 新闻传播权利发育的不成熟制约了网络中公民言论表达权的生长

新闻传播领域的权利经历了从新闻媒体的权利到公民新闻传播权的发展。而无论是谁的权利在新闻传播领域都未能发育成熟。与言论自由相关的权利，一类可称其为半成熟的权利。比如，宪法上规定了公民有言论、集会的权利。这些权利很多都已写入了宪法，但称其为“半成熟”，是因为这些权利还缺乏更加具体的可实施条款，而且程序性的保障制度也不健全，导致这些权利在一些时候成了“摆设”，很难发挥实质上的作用。第二类是未发育的权利。这些权利是指在学术界进行了广泛的探讨，而且在一些国家这类权利多数已经在法律上有了规定，但是，我国的法律体系中还没有发育出来。比如，拒证权就是最为突出的例子，很多国家都对记者拒证的权利做出了明确的规定，从而有效地保障了与记者新闻采访等相关的权利。而我们对于采访权的保护，很多都停留在层级、效力等级较低的规范当中，尚未从拒证权等法律权利层面给予充分的保障。在程序方面，丹麦还设

---

我们长期忽视了一点，即宪法性权利的缺失是网络乱象产生的根源之一。比如，对于集会、游行的权利及其与言论自由关系的认识不足，导致网络“失序”行为的大量出现，网络社会运动的有序引导、信息公开等都是有效地尊重网络特殊性的应对措施。

有独立的审理新闻事务的法庭，为新闻权利在媒体上设置了特殊的保护制度。在网络媒体的言论权利保障方面，同样会由于新闻传播权利的发育不成熟，进而造成网络言论表达权无法获得充分的法律保障。

### 2. 新闻传播中对于言论限制的惯性造成对网络言论保护的不良影响

新闻传播法对于无论是媒体还是公众表达自由的保障方面，都存在一些突出的问题。就媒体而言，其长期以来作为国家机关组成部分的身份，使对其的管理主要依靠内部的文件等与普通行政机构相类似的管理方式，而这造成了对于媒体权利的“限制”在多数情况下处在一种不透明的状态。对于公众而言，由于受到社会条件、制度发展等诸多方面的限制，公众的表达权等相关的权利发展所要求的权利意识、权利内容、保障制度等均存在很多的不足。而这种状况也会对网络中表达自由制度的发展产生影响。《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》（以下简称《决定》），第五项的内容是：“网络服务提供者应该加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的，应该立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”对此，有学者就指出，“这一条涉嫌违反宪法第三十五条的规定。因为本条‘网络服务提供者应该加强对其用户发布的信息的管理’的规定，一违反言论自由原则的‘禁止事前审查’原则，二违反言论自由的法治原则。言论是否负责当由法院说了算，‘网络服务提供者’与网络用户的关系是合同关系，断没有此项权力。”还有，包括网络谣言的诽谤罪查处的司法解释，等等，这些网络内容规制方面的法律法规出台后都引发了不少的争议。应该说，国外传统新闻传播法为处理言论自由与人格权等利益，还有调解与国家、社会之间的关系发挥了重要的作用。它使各方在言论自由表达中寻找到最合适的“相处”模式。特别是经过长期的发展，已经出现了禁止事先限制、明显而即刻的危险、公共利益抗辩等许多保障言论自由的制度，从而推动了社会健康、有序言论表达秩序的形成。随着网络社会的到来，这些传统制度仍然在调解网络空间的信息传播关系中发挥着重要的作用，而且继续保障着公众的网络言论自由权。而我国法治建设起步较晚，言论自由权利成长的基础十分薄弱，对于权利的保障制度明显不足。这也是造成网络内容治理中的“权力导向”，进而引发各种社会质疑的重要原因之一。

3. 新闻传播领域的法治化程度不高加剧了网络内容传播的“失序”“无法可依”

一方面，随着互联网时代的来临，人人都是麦克风，这也导致很多“乱象”的产生。网络上，网络谣言、网络欺凌、网络暴力、网络动员、网络集体行动、网络社会运动等造成的权利义务边界模糊的现象增多。由此，在行政国家的治理

逻辑下必然导致行政机关不断地出台各类限制公民新闻传播权利的规范。值得注意的是，通过社会组织例如网络服务提供商（ISP）加强对网民传播活动的监管，这成为近年来国家对于网民传播活动监管的一个新举措。但是，这些现象也都受到了学者在规范性文件合法性（出台的权限）、对于个人宪法权利的侵犯等方面的质疑。对于新闻传播权利的过度限制是目前新闻传播法中的突出现象——国家治理的目标与人权保障之间的矛盾是一对主要矛盾。与网络内容表达或者传播相关的司法解释等法律规范的适用还存在很多的问题。比如，与规制网络诽谤相关的司法解释注重目的解释下的实质正义，而忽视文义解释的形式正义。而且这种监管的逻辑在可预见的未来将会一直延续下去——微信十条、账号十条、约谈制度等，但由此伴随的合法性批评也会持续存在，这将是网络内容法治化治理中的一种“常态”。另一方面，很多人指出网络的互动性带来了网民权利的扩大，也就是“赋权”现象。但是，这些技术变化带来的客观“权利”的扩大并未能被制度所及时加以吸收，相反，另一种现象——权利的异化就发生了。权利“异化”现象，比如，网络反腐中公民检举权的“爆发”，在司法案件中人人都是“法官”，网民在案件发生后就进行着各种各样的网络审判（也包括媒体审判），等等，不一而足。“异化”并非都是出于不正义的目的，相反，很多正是基于“正义”的初衷，也可能产生积极的结果。只不过，这种“权利”如果是从现有制度、规范的角度来看，由于制度化的滞后，造成了这些权利的越界甚至是“无序”。总之，权利的异化与失序现象交织在一起，这是当前网络内容治理过程中需要面对的问题。

数字媒体时代的到来，传播内容的碎片化，也使原有新闻传播法所构建的主要针对传统媒体内容的治理规范已经不再够用，为了适应场景时代的内容传播新环境亟需建构新的治理体系。这需要着眼于技术、媒介以及传播变化的客观条件，同时还要依赖已有的传播内容规制的体系，这两方面构成了思考构建网络内容法治化治理体系问题的起点。网络内容法治化治理体系的建构就需要在新、旧制度之间建立起适当的联系。而新的治理体系的形成也注定是一个渐进、逐步成熟的过程。从针对互联网广告内容的监管来看，其法治化的过程，既遵循了行政机关监管为主导的治理思路，同时，为了适应网络广告，特别在针对程序化购买广告中出现的流量作弊，广告欺诈、行业运作透明性差、规范程度低等新问题上，当前关于互联网广告的已有规范仍需进行大幅度的调整、完善。唯此方能适应对大数据定向广告中出现的各类问题进行及时、有效的治理。

最后，网络时代，言论自由权不再是消极的权利，而是需要政府加以保障的积极权利。因此，这就要进一步完善言论自由权利的防御功能、受益权功能和客观法功能。

---

韩春晖：《行政法治与国家形象》，北京：中国法制出版社，2011。

# 第三章 网络内容监管法治化的分析 框架：基本权利的观念

当前我们国内无论是新闻传播法的研究、网络信息传播领域的司法实践还是该领域学者的论述中均未能对基本权利问题给予足够的重视。对于新闻传播法学的理论和司法实践而言，基本权利都还没有发挥出应有的作用。这就导致对于新闻传播权利体系的建构，学术界尚未达成共识，没有发展出成熟的新闻权或者媒体权。在民事法律调整的新闻传播关系中，基本权利视角的缺失导致对于公众人物隐私权的讨论只是局限于从身份本身转向事件是否涉及“公共利益”的讨论。而且，对宪法隐私权等问题的探讨仍然不够。因此，基本权利研究的滞后，影响了网络内容监管中基础理论问题的研究，由此也制约着相关权利的发展。以言论自由为例，按照基本权利理论新闻传播法所发挥的作用需要从防御功能（消极义务）逐步地向受益权功能和客观价值秩序功能（给付义务、保护义务）转变，从而就能够延展新闻传播或者网络内容监管法律体系的制度和功能。

## 一、基本权利的内涵

### （一）基本权利的含义

在德国基本权利 *recht* 具有两层含义。一是权利。意思是公民对于国家具有主动的请求权，需要公民发挥主动性推动宪法及法律体系中各项权利的实现，所以称作主观的权利。二是客观法。其涵义是，宪政框架下对于国家的各种强制性要求，即要求国家履行的各种义务，这是无条件的，而且是一切权力机关，包括立法、司法、行政都要履行的义务。基本权利就是那些出自于自然法的宪政制度下最基本的价值，它们构成了宪法中的核心内容，因此，宪法的“法”就通过对基本权利的规定，体现着法的主观权利与客观法的双重特性。一方面，基本权利作为主观权利，它必须是能够通过司法程序获得救济的，是一种请求权；另一方面，基本权利又是客观法，它包括为了履行义务所体现出的对权力在组织、程序方面

的安排以及国家在政策方面对自己所保障的基本权利承担相关义务的规定等。德国对法的主观权利与客观法的理解，对于我们认识宪政体系、法律规范的权利保障功能具有重要的启示。

基本权利包括主观权利和客观法。基本权利作为客观法的基本含义是：“基本权利除了是个人的权利之外，还是基本法所确立的‘价值秩序’（Wertordnung），这个秩序构成立法机关建构国家各种制度的原则，也构成行政权和司法权在执行和解释法律时的上位指导原则。”由此出发，就可以对现有的法律秩序展开检视。基本权利的“主观权利与客观法”的分法与“自由权与公民权”不同，“主观权利与客观法”不是对权利的分类，而是从微观方面对单个权利的两面性进行剖析。每个基本权利都存在这种两面性，“主观权利与客观法”的性质分法，是对每个基本权利都具有的内在性质进行划分。而“自由权与公民权”的权利范围分法，把基本权利分为“自由权”和“社会权”两个范围，是一种外部的分类方法，着眼于对所有基本权利进行宏观的把握。

基本权利具体包含哪些？法国和美国在宪法中对于公民基本权利的规定揭开了近现代各国通过宪法保障公民基本权利的序幕。1791年法国宪法把《法国人的权利和公民权利宣言》置于篇首并在第一篇“宪法所保障的基本条款”中提到，公民的生而平等权，自由、财产、安全和反抗压迫权，言论、著述、出版和发表思想自由权，信仰宗教权、法律面前平等保护权，公民人身自由和财产正当程序保护权等基本权利。美国宪法修正案中规定的基本权利包括公民的信教自由、言论自由、出版自由、集会自由、人身自由等自由权，住宅和财产权，生命、自由或财产的正当法律程序保护权利，以及未经宪法列举而由人民保留的权利等。宪法中的基本权利属于一个开放的体系，其随着社会的发展内容也在不断地丰富。这就体现在宪法中除了已经明确规定的权利，还包括未形成的宪法权利。我国宪法修正案第二十四条规定的“国家尊重和保障人权”条款可以发挥补充功能。而宪法最核心的任务就是保护人的尊严，因此，未列举基本权利的规定就为宪法与时俱进，满足人对自我价值以及人格尊严保护要求不断提高的需求创造了条件。

从基本权利的内涵及其发展来看，其内涵是十分丰富的（与人权类似），随着社会的发展，基本权利的内容也在增加。无论是对基本权利中自由权与社会权的划分，还是对主观权利与客观法这些基本权利积极、消极功能的区别对待都是有意义的，“有助于从立体和动态意义上把握基本权利形式化和法律化背后的社会力

赵宏：德国法上的主观权利与客观秩序——基本权利在德国法中的两种面向，浙江社会科学，2011（3）。

张翔：基本权利的双重性质，法学研究，2005（3）。

郑哲：基本权利分类方式批判的冷思考——从自由权与社会权的分类视角出发，湖北警官学院学报，2013（2）。

范进学：论公民基本权利的功能与实现，山东社会科学，2008（4）。

饶志静：未列举基本权的宪法解释方法——以美国最高法院的判决为中心，江西社会科学，2010（12）。



量因素，并获得对基本权利存在的多重认识”。 “因此，在基本权利观念问题上，并不能简单地认为哪一种观念是正确的，哪一种权利观念应占主流或者支配性地位，而是综合各种观念和方法，认识基本权利如何从一种主张最终变成实定法意义上的基本权利。” “宪法史也提供了对这个看法的证明，即任何权利，不管其理论主张上属于天赋的，还是法定的，如果没有大规模的社会运动，则不可能自动转化为权利。” 由此可见，文本上的法与实践中的法之间，是理论与观念二者相互依存、转化的，共同构成了法的完整形态。观念文本中的权利是实践法的基础和条件，而现实中的权利又是观念和文本中法终极价值的体现。

宪法基本权利是一个开放的体系，随着社会的发展以及人们认识的变化，一些权利可能成为基本权利。这就是宪法未列举权利的概念，其种类包括以下几方面。

第一类，宪法中未规定，但却是人固有的权利，比如生存权与生命权；

第二类，宪法中未明确规定，但实际上是宪法已列举的基本权利保护范围内的具体权利，例如美国宪法第一修正案中的言论和出版自由，该基本权利的“附带的权利”就包括言论或印刷的自由、分发权、接受权、阅读权、探索自由、思想自由和教学自由等。可见，美国宪法言论自由和出版自由的附属权利的种类十分丰富，之所以是附属权利，是因为这些权利都与该基本权利存在密切的联系——要么是这些权利行使的条件，要么是其实现重要的途径。所以这些附属于基本权利的“未列举权利”也属于基本权利。

第三类，不属于宪法列举的基本权利，也不属于这些基本权利所派生的具体权利，但经由基本国策结合概括性权利条款推导出的权利，比如从基本国策推导出的环境权。

第四类，不属于固有权利，也不属于列举的基本权利及其派生权利，也不能由基本国策推导出来的一些宪法保障的权利，比如美国宪法判例所发展出来的隐私权中的堕胎权、日本的宪法判例所发展出来的隐私权中的肖像权。我国不是判例法国家，司法并不具有“造法”功能，因此，新闻传播领域的基本权利应该尽可能地通过立法、政策等将其明确。另外，学说发展也是一种重要的推动基本权利完善的方式。

## （二）基本权利冲突的调解方法——位阶秩序理论

在法律体系当中，不同权利的冲突与交叉是所有法律体系中都极为常见的现

---

郑贤君：《基本权利原理》，北京：法律出版社，2010：103。

郑贤君：《基本权利原理》，北京：法律出版社，2010：103。

郑贤君：《基本权利原理》，北京：法律出版社，2010：103。

秦前红：《宪法》，武汉：武汉大学出版，2010：110—111。

象,这说明虽然社会现象千差万别,但事物之间又是普遍联系的,所以,即使是在立法中也无法做到泾渭分明,这也是人类自身局限性在立法中的体现。宪法中的基本权利包括财产权、言论自由、一般人格权,等等,不同时期宪法中基本权利的位阶秩序是存在差异的,这构成了对其调节的基本方法。“例如,近代宪法将财产权置于优势地位,人身权则长期处于休眠和半休眠状态。近代私法亦以契约自由神圣,以及法律规定上的先天不足与宪法相互呼应。……20世纪中期,在财产权与人身权、人格权之间,美国最高法院保卫的重点转向了言论、出版、宗教自由、少数民族等人身、人格权。德国等国宪法也赋予了生命、自由、人性尊严更为崇高的伦理位阶,新的基本权利位阶秩序就此形成。但是,私法上的人身权立法却迟迟得不到加强和改善,仍然维持着财产权优位的秩序,与宪法产生了矛盾。”由此可见,基本权利的效力排序具有历史性的特征,20世纪以后人格权的重要性逐渐超过财产权。而按照宪法根本法的地位,这种基本权利的位阶秩序就应该投射到其他法律当中。但是,部门法对该基本权利秩序的转化或承接却具有相当的滞后性。“当然,私法立法不及时是有原因的,这包括:一是政治、经济和社会生活的复杂性及广泛性,给抽象宪法权利具体化为技术性规范带来了困难;二是在立法时间和立法细节上,均需要等待一定的司法经验的积累;三是由于现实的阻碍,无法从量上完全满足制宪者先期所做的承诺;四是由于立法机制运作上的烦琐,有效法案无法形成,例如议会内部的有效多数等。”比如,美国在1972年发生的“商场散发传单案”,最高法院明确判决私人拥有的商场可根据其制订的规定,禁止在商场内传递与商场营业无关的反战传单。因此,商场对其地产上的言论的限制并不构成“政府行为”,联邦宪法并不保护被告在商场的地产上发表言论的自由。不过,后来在美国的其他一些州,则从言论自由的角度支持了在商场散发传单的自由。

## 二、基本权利的三个功能

### (一) 基本权利的功能概述

从基本权利的发展过程中可以发现,基本权利体现出从自由权走向社会权,消极权利向积极权利转变的发展趋势。但是,这种划分过于简单和笼统。有学者对于基本权利进行了类型化的研究之后提到,“以单纯的‘基本权利的功能侧面’而不是本身就具有复合性的基本权利作为研究的元素,这就避免了一项基本权利

董书平. 基本权利位阶秩序与私法. 青海社会科学, 2009(5).

董书平. 基本权利位阶秩序与私法. 青海社会科学, 2009(5).

张千帆. 论宪法效力的界定及其对私法的影响. 比较法研究, 2004(2).

具有多重性质所带来的其与国家义务的对应关系上的多层次性，从源头上避免了对基本权利进行规范建构的混乱。”进而，将基本权利的功能划分成三个层次：**防御权功能、受益权功能和客观价值秩序功能（前两项功能被划分为主观权利，而最后一项被认为是客观法）**。由此可见，基本权利有三项功能，分别是防御权功能（消极义务）、受益权功能（国家给付义务）和客观价值秩序功能（国家保护义务）。张翔在《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》中指出，基本权利的性质可以分为“主观权利”和“客观的法”两种。作为“主观权利”的基本权利有两项功能，一个是防御权功能，另一个是受益权功能（分别对应国家的消极义务和给付义务）。作为“客观的法”的基本权利的功能可以概括为“客观价值秩序功能”，对应的国家义务可称为国家的保护义务（受益权功能与客观价值秩序功能都体现为国家的积极义务）。

防御功能是“指基本权赋予人民一种法的地位，于国家侵犯到其基本权所保护的法益时，得以直接依据基本权规定，请求国家停止侵害，借以达到防御基本权保护的法益，使免于国家恣意干预的目的”。由此可见，防御功能是基本权利的最核心功能，它通过强调公权力的消极义务从而确保权利不受干扰。而对于网络内容及新闻传播领域而言，基本权利的意义同样如此。防御功能的价值在于能够使得具有社会权利属性的新闻传播权与公权力的关系变得更加清晰，而且对于新闻传播权利的保护也会更为有利。防御功能发挥作用的逻辑是，“基本权利的保护范围—基本权利的限制—基本权利限制的合宪性论证”。受益权功能又称为给付请求权功能，“基本权倘具有此项功能，基本权主体的人民即得直接根据基本权规定，请求国家提供特定经济与社会给付；人民既有请求国家给付的权利，相对的，国家负有提供给付的义务。受益权功能针对的是国家的给付义务，也就是要求国家以积极地作为，为公民基本权利的实现提供一定的给付，例如国家提供基本权利实现所需的物质、程序或者服务等条件。”也有人将受益权的功能又分成消极受益权功能和积极受益权功能。后者主要是国家在劳动权、生存权、受教育权等社会权以及其他相关权利的物质给付义务。而消极受益权功能主要是司法程序的受益权。“基本权利的司法受益权功能与公民的诉讼权有着密切关系。而诉讼权所关注的主要问题是公民如何启动和参加司法程序，又可称为‘接受审判权’。”

由此，司法受益权就与基本权利中十分重要的程序基本权联系起来了。而对于程序基本权的研究（包含基本权从宪法到一般法律的不同层次的程序）是完善基本

---

张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，《中国法学》，2006（1）。

郑旭文：《基本权利的国家保护义务》，《福州大学学报（社会科学版）》，2012（6）。

张翔：《基本权利的体系思维》，《清华法学》，2012（4）。

郑旭文：《基本权利的国家保护义务》，《福州大学学报（社会科学版）》，2012（6）。

张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，《中国法学》，2006（1）。

权受益权功能的重要内容。就言论自由权利的保障而言,基本权利程序缺失,保障机制不健全造成的新闻传播基本权利落实困难的问题尤为突出,这也反映出在法律体系的不同层面(宪法与部门法)完善程序基本权,加强对于程序基本权的保障有着重要的意义。最后,按照张翔提供的基本权利功能认识框架,客观价值秩序功能主要是指国家的保护义务,它是对于国家权利保障不足的重要补充,体现了人权发展的新水平。可以说,客观价值秩序在两大法系的发展,其背后的共性是对于人权及其时代价值的新认识和伸张。有人对客观价值秩序功能的核心内涵做过这样的解释,“而与之对应的国家的保护义务,即强调国家负有积极义务,使人民在实现基本权利的过程中,得到足以对抗第三人的侵害的保障。依照国家保护义务理论,基本权利意在实现公民的权利与自由,那么当公民基本权利遭到私法主体的侵害时,国家有义务采取积极有效的保护措施。”由此可见,作为客观法,基本权利的保护义务具有特殊的价值,通过对国家权力的进一步约束来保障人权价值更好地实现。因此,推动基本权利的各项功能在新闻传播法以及网络内容治理领域的完善,就能够更好地保护权利,促使这些领域法治化治理向更高水平发展。当前,对于新闻传播法治的发展而言,新闻传播权利的防御功能、受益权功能保障不足,未能很好地发挥作用,而客观价值秩序功能更是“阙如”,这些一起造成了新闻传播权利孱弱的局面。然而,在网络飞速发展的过程中,言论表达权利受到各类侵权的风险增加,主体更加多样,形式愈发复杂。其中既有政府侵犯公民言论表达权的风险,也可能遭受到其他社会组织,例如ISP或者是其他个人对公民表达自由的侵害。而且,随着技术的发展,媒介和传播形式日新月异,各种新的侵害言论表达权的方式也层出不穷,比如“封号”“断网”、搜索服务中的竞价排名,等等,这些新兴的侵权方式本质上都会影响现代社会中的表达自由。各类新问题的出现,也对加强网络内容的法治化监管,保障公众的言论自由权等都提出了更高的要求。因此,也就亟需通过基本权利等理论为网络内容治理领域的制度建设提供智力支持。

总之,防御权功能、受益权功能比较好理解,而客观价值秩序功能是指基本权利的性质在当代的宪法理论中经历了从“主观权利”向“客观的法”的转向,在具备“客观法”性质之后,基本权利又产生了一些新的功能,这些功能可以概括地称为“客观秩序功能”。基本权利“客观秩序功能”要求国家除了承担针对防御权功能的“不侵犯义务”和针对受益权功能的“给付义务”以外,还应当用一切可能的和必要的手段来促成基本权利的实现,其义务范围是非常广泛的。所以说,法律制度的客观价值秩序功能是社会更高的法治和治理阶段的体现。而三项

---

冯健鹏.论我国宪法基本权利的程序保障——一种宪法解释的可能性.浙江学刊,2013(6).

郑旭文.基本权利的国家保护义务.福州大学学报(社会科学版),2012(6).

张翔.基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始.中国法学,2006(1).

功能分别对应了国家的三种义务：消极义务（防御权）、给付义务（受益权）和保护义务（客观法）。这种从功能角度对于基本权利给出的“总体框架”、体系化的视角对于网络内容治理中言论自由权利的保障具有一定的启发意义。

## （二）基本权利的客观价值秩序功能的展开——“第三人效力”

第三人效力是大陆法系落实基本权利保护义务以及基本权利客观价值秩序功能的体现。“在现代国家，无论从理论上讲，还是在实践当中，对公民基本权利的侵犯尤其是对公民人格权的侵犯大多来自于国家公权力的行为，也可能来自于国家运用私法手段代替传统的公法手段而为的‘非权力行为’，还有可能来自纯粹的平等主体的私人行为。当这些公法手段的‘非权力行为’造成公民人格权的损害时，私法就无能为力，私法的救济就显得微不足道。因此，宪法对公民基本权利的捍卫应该体现为能有效抵御来自各方面的侵害，这就要求赋予宪法基本权利以私法效力。”

对于基本权利的私法介入程度，德国法与美国法存在明显的差别。根据美国的“政府行为”理论基本权利的效力主要针对的是政府行为，而不是平等主体之间的行为。将基本权利贯穿在政府行为被发现的案件中其效力就更强，而在仅仅是私法的争议当中德国法中的基本权利的效力要更强。对这种基本权利运行模式的差别，就有学者指出，“因此根据美国理论，如果存在政府行为，那么宪法权利在理论上以完全效力而适用。如果缺乏政府行为，宪法权利就不存在。但根据德国《基本法》，某些私法争议可能并不处于《合众国宪法》所划分的政府行为领域，但这个事实并不具备任何特殊意义，私法规则仍然‘受到宪法基本权利的影响’。因此，对于美国法律不能发现任何政府行为的案件里，德国宪法继续发挥着影响。”这就是说，对于基本权利的使用，美国法更多地体现在政府行为存在的领域，而德国法则更能够在私人领域发挥作用，由此可见，不同国家通过不同的方式实现着对权利的保障，但其精神实质却是相似的，都是为了更好地保护社会公认的基本权利。不过，在对于基本权利的理解中需要注意，基本权利在私法上的适用是有条件的，只有在法律存在漏洞，原来的私法无法实现实质正义，需要通过法官自由裁量来实现个案正义的情况下，所以，它是间接性的。

## 三、基本权利与网络内容法治化监管体系建构之间的关联

私法的宪法化在国外已经成为趋势，新闻传播法的很多规范存在于民事法律

---

参见《宪法基本权利新论》，转引自杜慧谦：《论公法中的人格权》，硕士论文。

张千帆：论宪法效力的界定及其对私法的影响，比较法研究，2004（2）。

关系当中（这个比例很高），过去受到公私法界限的划分，民事领域涉及的新闻传播权利义务关系也仅仅是被当作普通的民事关系来看待，没有从公法，主要是宪法的层面去认识新闻传播活动中的权利义务关系。

上述问题表现在很多的方面，最为突出的是，有人指出新闻报道侵犯名誉权的官司中，媒体获胜的概率低，因为在这类案件中言论自由与人格尊严两大宪法中平等的基本权利并未予以平等对待，言论自由无法在对于案件结果的影响中占据应有的分量。根据《欧洲人权公约》第8条和第10条，可以看出言论自由与人格权都是欧盟内的基本人权。而欧盟的网络民事侵权会涉及考虑是选择加害行为地法还是损害结果地法进行起诉。这里考虑的主要依据就在于人格权与言论自由之间的权衡。而后者就是通过最密切的“联系法”来体现的。“首先，基于维系原告社会生活关系稳定性的政策考量，案件的最密切联系地一般应为原告人格利益遭受实质性损害之地，适用该地法律无疑有助于保护受害者的人格权。其次，基于提高媒体从业者对其行为所产生法律后果的可预见性的政策考量，在确定受害者人格利益的实质性损害时应该综合考量受害者的社会背景，特别是受害者与被告有着共同惯常居所以及毁誉物的发售量等情况。如果对上述因素考量的结果表明原告遭受实质性损害之地并不明确，则案件的最密切联系地法应为媒体业者实施侵权行为之地的法律。这事实上既是对相关国家关于言论自由的宪法性规则的尊重，也是对被告言论自由的保障。因此，在人格权侵权案中采纳最密切联系地法原则，有助于在具体个案中相对灵活地对言论自由保障与人格权保护进行法益上的平衡。”

而我们国内无论是新闻传播法以及网络信息传播领域的司法实践还是该领域学者的论述中均对基本权利未给予足够的重视，对于新闻传播法学的理论还是司法实践而言基本权利的理论还没有发挥出应有的作用。这就导致对于建立新闻传播的权利体系，学术界尚未达成共识，没有发展出成熟的新闻权或者媒体权。在民事法律调整的新闻传播关系中，基本权利视角的缺失导致对于公众人物隐私权的讨论只能从关注“身份”本身转向事件是否涉及“公共利益”。因此，也就未能对“第三人效力”等概念展开讨论，更无法在制度层面形成“公共利益”抗辩等保障言论自由的机制。以言论自由为例，新闻传播法所发挥的作用也是从防御权逐步地向给付义务、保护义务转变，从而就能够延展新闻传播或者网络内容监管法律体系的制度和功能。而新闻传播领域国家给付义务的不足制约着该领域公民受益权的获得。受益权包括消极受益权和积极受益权，前者指司法救济权，后者是指基本权利所具备的使公民从国家那里得到某种福利、服务和其他利益的功能。

---

刘仁山：欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角，环球法律评论，2014（6）。

当前，从消极受益权来看，针对基本权利的宪法诉讼制度的缺失是导致言论自由消极受益权保障不力的根本原因。基本权利的消极受益权功能的实现，有赖于宪法诉讼制度的建立。我们知道，普通的司法程序无法对基本权利提供充分而有效的司法救济，因为对基本权利的损害往往是立法机关制定的法律或者其他有着较高政治地位的主体造成的。所以，宪法诉讼制度不能够建立，基本权利的“司法救济功能”就无法完全实现，对基本权利的充分的司法救济也就不可能。此外，从积极受益权来看，新闻传播领域的活动需要国家提供相应的支持和保障。比如采访权、评论权、匿名权、舆论监督权、拒证权、知情权、参与权，等等。这些权利都属于言论自由（包括媒体言论自由），它们是国家应该通过法律加以保障的重要权利。国家的给付义务在新闻传播领域还表现在，通过规定政府信息公开义务，加强新闻媒体的报道权，进而使知情权得到更好地保障，这也使言论表达具备了必要的条件。除此之外，言论自由也需要国家履行保护义务，这是基本权利客观法的体现和应用。新闻传播法领域，公众人物隐私权与舆论监督（或公共利益）关系处理中都涉及言论表达相关的基本权利，而通过基本权利的第三人效力，相关规范的效力被辐射到具体司法案件中，由此也能发挥更好地保护公民在公共事件中自由表达基本权利的作用。

## 第四章 网络内容监管法治化的理论探索

这部分主要是针对网络内容监管的“法治化”这个核心问题，重点阐述了制约和束缚网络内容法治化治理的理论、制度“禁锢”。以突出问题和典型案例为中心，结合基本权利等相关的理论，深入阐释了我国网络内容监管在理论研究方面存在的主要问题。面对网络内容监管中所涉及不同领域的观念问题和理论障碍，尝试从基本权利的角度提出一些新的看法。

### 一、网络言论规制中言论自由权保障的体系性缺陷

对于网络言论危害国家、社会利益的治理方式有很多，例如权力规制、社会治理等多种形式，而权力规制中最有代表性的法律文件之一就是《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），它对于诽谤罪在针对网络谣言的规制中如何适用做了进一步的规定。《解释》对刑法第二百四十六条的补充主要包括三个方面：一是在定性方面，“捏造事实诽谤他人”包含（一）捏造损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的；（二）将信息网络上涉及他人的原始信息内容篡改为损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布的这两种情形。并且规定，“明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布，情节恶劣的，以‘捏造事实诽谤他人’论”。二是在定量方面，引发社会广泛争议的是关于“情节严重”的认定，即规定“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上，或者被转发次数达到五百次以上的”。三是将网络诽谤造成的六种情形认定为是“严重危害社会秩序和国家利益”，它们都不再属于自诉范围而

---

第二百四十六条的内容是，以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。



是可以进入公诉程序。诽谤罪的司法解释对于网络谣言规制产生了很大的影响,但是,加强对网络的刑事规制是否构成了对于属于基本人权的言论自由权的不当压制,这无论在理论还是实践上都遭受了颇多的质疑。现行《宪法》第三十五条明确规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”。还有,联合国在《世界人权宣言》基础上通过的《公民权利和政治权利国际公约》第十九条第二款规定,“人人有自由发表意见的权利;此项权利包括寻求、接受和传递各种消息及思想的自由,而不论国界,也不论口头儿的、书面儿的、印刷的、采取艺术形式的或通过他所选择的任何其他媒介。”而该条第三款还进一步明确了限制言论自由的要求,“本条第二款所规定的权利的行使带有特殊的义务和责任,因此得受某些限制,但这些限制只应由法律规定并为下列条件所必需:(甲)尊重他人的权利或名誉;(乙)保障国家安全或公共秩序,或公共卫生或道德。”(联合国,1966)显然,无论是从我国宪法还是已经加入尚待批准的《公民权利和政治权利国际公约》等国际人权条约中所保护的言论自由等基本人权,都表明对于网络言论的规制还必须受到基本权利视角的审视。该司法解释的出台也使作为基本权利和人权的言论自由与权力对言论的限制之间的关系再次成为讨论的焦点。

### (一) 网络谣言规制论争反映出网络言论权利保障体系的缺失

#### 1. “网络言论自由说”倾向于网络言论自由的立场

从法益的角度来看,法律规制都会涉及利益的权衡。网络谣言的刑法规制,主要涉及对言论自由权与国家、社会秩序维护的利益诉求之间的平衡。言论自由权属于宪法规定的基本权利之一。进入新媒体时代,我国言论自由权的实现环境发生了很大的变化。网络言论自由权在技术发展的条件下从过去的“相对有限”变成了言论权利实现的空间极大扩张,这是技术变革带来的“赋权”现象。不过,这还只是权利实现的可能性,事实上,立法中对于网络言论权利的规定是不够的,而且存在很大的缺陷。“我国互联网的现有立法重在规范,压制性强,保障性弱。就现有的规则来看,涉及言论自由的部分都是禁止性规则,缺乏网络言论自由受到侵犯时的救济性措施,更没有相应的程序性规定以平衡权利和权力,网络从业者的经济利益和普通网民的言论自由都得不到保障。”而《解释》主要还是加强了对于网络谣言等网络内容的刑法规制,从而达到维护网络空间以及社会秩序的目的。不过,也有学者主张对于网络言论管制应该比传统媒体更宽松。从网络言

---

主要涉及引发群体性事件的;公共秩序混乱的;民族、宗教冲突的;诽谤多人,造成恶劣社会影响的;损害国家形象,严重危害国家利益的;造成恶劣国际影响的等情形。

李丹丹:论网络言论自由的法律保障,苏州大学硕士论文,2009。

胡咏:中国政府对互联网的管制,新闻学研究,2010(103)。

论自由保护的角度,学者指出《解释》对表达权造成了十分不利的影响。如果是从宪政和网络言论自由权的角度进行思考,学者就会更看重网络言论自由的价值功能(推动民主、自由、保障正义等方面的价值)、实现原则(公益原则、明显而即刻危险原则、比例原则、事后审查原则等)、保障机制(特殊程序保障等)等方面的探讨。从这些角度审视《解释》,这可以称作“网络言论自由说”看待该问题的路径,就可以看到网络言论自由权的保护存在诸多问题。

另外,网络谣言等言论的权力规制中出现巨大分歧以及目前针对网络言论的规制力度一味趋“重”的现状,都更进一步说明了言论权利体系的处境。而学界对于网络言论内容及其规制,从言论自由权的角度,特别是人权理论的视野下展开的研究相对滞后。虽然涉及两种重要的法益,但是在言论的保护与规制之间却存在着严重的不对称或者不平衡。“从西方国家的普遍法治经验来看,通过比例原则以限制网络表达自由虽可依次从妥当性、必要性以及均衡性三个方面加以考察……。”这也可以看成是基本权利防御功能发挥作用的基本逻辑,“基本权利的保护范围—基本权利的限制—基本权利限制的合宪性论证”。具体来看,国外网络言论的规制有广义与狭义之分,称作“双轨理论”,言论可以分成高价值或者低价值言论。广义的言论既包括针对言论内容的限制,又包含针对非言论内容的限制。前者即狭义的言论限制,它涉及的言论是指不具有侵犯性或危害性,且有交流价值的思想或意见表达的言论。国外对于该种言论主要进行严格的违宪审查,以保护言论自由这个基本权利。可以说,网络言论也是包含不同的类型,网络谣言亦是如此。对于狭义的网络言论的严格保护,通过对权力范围加以法律限制的方式在一定的程度上就可以减少对公权的质疑以及政府公信力不必要的损伤。对待狭义的言论,特别是诽谤类的言论,欧洲人权法院强调“区分价值判断和事实”,这就类似于德国的“利益均衡理论原则”。欧洲人权法院细致区分了事实陈述与价值判断,前者可以被证明为真实或虚假,后者则根本无所谓真假之分。通过对“判断和事实”的区分,是鉴别言论危害性及其管制必要性的一种很好的方法。从这个角度出发,有学者分析指出,《解释》明确规定了三种“捏造事实诽谤他人”的情形,即分别包括捏造并散布、篡改并散布以及明知虚假事实而散布。仔细审视以上规定,可以发现其明显遵循了上述“事实陈述”和“意见表达”区别对待规

---

林爱瑭.招阳:由表达自由论网络诽谤的定罪——对《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》的评析.新闻爱好者,2015(1).

邓炜辉.网络表达自由的国家保障义务——兼评“法释〔2013〕21号”对网络言论的刑罚规制.甘肃政法学院学报,2015(1).

张翔.基本权利的体系思维.清华法学,2012(4).

何永红.基本权利限制的宪法审查.北京:法律出版社,2009.

孙平.诽谤罪与言论规制“调适期”.环球法律评论,2014(3).

则,即对于诽谤行为的认定,必须坚持以存在虚假事实为前提,若是对真实事实进行陈述或发表意见则不构成诽谤。在此基础上,《解释》将网络诽谤言论认定为必须系故意捏造或篡改虚假事实,以及明知为虚假事实还故意散布的,其在合宪性方面并不存在任何问题。虽然该学者提倡在对言论自由加以限制的原则中坚持“区分价值判断和事实”的观点,但事实上在实践中还是会遇到不少的困难,最大的问题是对于言论自由保护的权力体系、制度建设等与人们对于权利保障的需求还存在较大的差距。我们对于网络言论的内容既没有做清晰、深入的分类,也没有确立区别对待的制度和措施(例如事实与评论的区分等),而且对于言论权力规制的监督机制缺失(无违宪审查),更没有形成一套言论权利保护的体系,而缺少违宪审查机制对于权利保障机制带来了非常不利的影响。所以说,《解释》的初衷是好的,但由于有可能造成人权保障机制的体系性、结构性的失衡,言论领域的权力监管就不可能不引发社会对权利侵害的担忧。

## 2. “社会秩序说”强调应该加强对网络言论的刑事规制

与保护公众的言论自由相对应的,在网络谣言规制中,还面临着国家、社会利益如何保障的问题。相对而言,“社会秩序维护说”主要是基于社会管理需要,要么是把网络看成现实空间的延伸,要么认为网络空间具有特殊性,但都主张从刑事规制的角度强化对于网络言论的管理。传统社会的法治化过程已经经历了很长的历史,而对网络空间的认知以及法治化治理才刚刚开始。网络空间相关的无论民事还是刑事的规制越来越影响着网络空间的各种活动,而其背后对于网络空间的认知目前依然存在相当大的分歧。主要集中在网络言论的法治化规制中实体空间与网络空间之间的关系如何处理的问题上。以网络言论的刑事规制为例,于志刚等人认为网络犯罪可以分为三个发展阶段,分别是网络作为犯罪对象的阶段、网络作为犯罪工具的阶段和网络作为犯罪空间的阶段。“从网络犯罪侵犯的法益类型来看,早期的网络犯罪多是侵犯具体法益的财产型犯罪,现在的网络犯罪中侵犯抽象法益的秩序型犯罪开始增多,这都是网络空间化在刑事犯罪中的投射。虽然网络作为犯罪对象和犯罪工具的网络犯罪类型还将长期存在,但是,刑法抽出专门精力着力思考在应对日益增多的以网络为犯罪空间的犯罪的处置策略已经成为迫在眉睫的问题。”基于网络空间中社会关系具有独特性的认识,部分学者建议应该在刑法规制中进行有针对性的研究。特别是针对秩序性犯罪增多的现状,刑法层面如何有效回应是当前值得深入探讨的。于志刚等学者主张面对网络空间,主要以对罪状中的“关键词”通过法定程序再解释或者通过刑事立法构建新的罪刑

邓炜辉.网络表达自由的国家保障义务——兼评“法释〔2013〕21号”对网络言论的刑罚规制.甘肃政法学院学报,2015(1).

[以]巴拉克著.民主国家的法官,毕洪海译.北京:法律出版社,2011:90.

于志刚.网络“空间化”的时代演变与刑法对策.法学评论,2015(2).

规则为途径由此实现对网络的刑事规制。但是,这种观点并非是刑法研究者内部一种主流的认识,网络言论究竟如何监管也仍处于争论当中。魏东认为,“……学者提出了‘第三类网络犯罪’的概念(指于志刚教授),认为以网络为空间的网络犯罪是独立于前两种基本类型的第三类网络犯罪。但实际上,如前所述,将网络与网络空间的属性界定为公共媒体手段意义之后,所谓‘以网络为空间的网络犯罪’在本质上仅属于‘以网络和计算机为手段的犯罪’(即利用了作为公共媒体手段意义的网络空间而实施的网络犯罪),将其阐释为独立于以网络为手段的犯罪之外的第三类网络犯罪并不具有说服力和合理性。”这两种观点争论的意义在于未来在司法解释资源的投放方向上,实际上要思考的首先是“顶层设计”问题。也就是说,必须解决投放的司法解释究竟解决的是哪一类问题或者说面对的是哪一类网络犯罪,是“网络作为犯罪对象”的网络犯罪、“网络作为犯罪工具”的网络犯罪,还是“网络作为犯罪空间”的网络犯罪,这是司法解释的自身定位问题。定位不清,则指向不明,在实际效果上就会大打折扣,甚至会是南辕北辙。尤其是在制定司法解释规划时,必须清晰地建立解决类型性网络犯罪定罪量刑等问题的有效路径。但不管是网络作为犯罪工具,还是网络作为犯罪空间,二者在对于网络谣言加以规制时均未能从言论自由权的角度对其主张给予充分的论证。而如何认识网络的特征就会影响对其的规制。研究者对待网络空间及其规制的认识及策略却是存在差异的,一部分人认为,网络空间的刑事规制应该从定罪、量刑、罪名体系等方面单独进行设计,也就是对网络刑事规制体系的“再造”。另一种主张依然没有对网络在刑法层面给予特殊对待,主张将传统领域的规制手段沿用到网络空间,也就是“复制”立场。这些观点的分歧对于如何从社会秩序的角度对网络言论进行刑事规制会产生一定的影响。从《解释》可以看出,“复制”立场目前主导了司法实践。而学者在刑事犯罪领域对于网络空间独特性的理论探索,以及选择何种规制路径都将影响到网络言论的刑事规制。不过,总体来看,刑法研究者内部,秉持一种“实用主义”的立场,即通过发挥刑法的社会秩序“稳定器”的功能,从而试图遏制互联网时代,因秩序变动出现的各种新的行为,而从网络言论自由以及人权等宏观理论视野下对“策略性”建议本身的反思相对不足。但是,

---

前者如《解释》中争议最大的“公共秩序”。后者如目前全国人大常委会对外公开征求意见的《刑法修正案(九)》(草案)将网络犯罪作为一项重要的立法内容,而该修正案(草案)拟订的网络犯罪条款中,对于网络秩序进行了格外的关注。例如,修正案(九)拟在刑法第291条之一中增加一款作为第二款:“编造虚假的险情、疫情、警情、灾情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑。”

参见魏东:网络之公共媒体手段意义分析,2014-2, <http://www.cncdrc.com/blog/newsdetail.aspx?id=2140>。

于志刚:网络、网络犯罪的演变与司法解释的关注方向:法律适用,2013(11)。

从人权角度思考权力监管过程中言论权利体系的完善，这才是对权力的重新“定位”，将对言论规制的手段和效果产生根本性的影响。

总之，围绕着《解释》，“网络言论自由说”的分析立场，引出了对于网络言论自由相关权利、制度等方面的思考，但没有深入分析言论权利体系的缺陷这个造成言论领域权利保障不力的重要因素，也没能就此展开进一步探讨言论权利体系建设的障碍、突破路径等问题。而“社会秩序说”首先考虑的是如何维护网络中的言论秩序，所以，更看重发挥刑法对于言论自由的“法律限制”功能，也就更不会从人权、言论权利体系建设的角度做更深入的考察。

## （二）网络言论规制中言论自由权保障体系性缺陷的具体表现

人权条约中明确了公权力出于“保障国家安全或公共秩序”的需要可以对言论自由权进行限制，但前提是一定要获得法律的授权。而法律中对于权力的设定，必须遵循权力法治化的一些基本要求，即权力的运行必须受到合理性、合法性等方面的严格限制。民主国家的法官就是要在法治社会所追求的宽容、诚信、正义、合理性、公共秩序等价值中进行权衡和抉择，从而确保法治精神的落实。然而，《解释》在权力法治化运作方面存在诸多问题。

### 1. 网络谣言规制权力“合理性”的问题，凸显言论权利体系的重要性

随着风险社会的到来，法律的规制体系也发生了变化。“……那么在风险社会中人们则在注重刑法解释技艺的同时开始关注自己的解释立场，因为立场的不同不但反映着人们不同的价值取向以及风险控制的不同趋向，而且会深刻影响着具体刑法解释方法的适用以及刑法解释结论和刑事处理方法的不同。”在刑法理论上，法律的解释涉及实质解释与形式解释，“形式的犯罪论主张对犯罪构成要件进行形式的解释，认为在构成要件的解释上，在进行处罚的必要性或合理性的实质判断之前，应该从具有通常的判断能力的一般人是否能够得出该种结论的角度出发，进行形式的判断。实质的犯罪论主张应该从处罚的合理性和必要性出发，实质地解释刑罚法规尤其是构成要件，构成要件的判断不可能是形式的、价值无涉的，而是应从处罚的必要性和合理性的角度来判断某种行为是否符合构成要件。”

风险社会的到来也引发了对实质解释等刑法规制手段合理性的争议。对于法条的解释方法包含文义解释、体系解释、历史解释、目的论解释与合宪性解释。而目前针对言论的限制则是以目的论为主要方法的实质解释处于刑法解释的主流。但目的论解释，一般还必须受到其他解释方法的限制，特别是满足文义解释对于罪刑法定法治基本原则的贯彻，还有合宪性解释对于“解释”行为合法性以及权力

[以]巴拉克著，民主国家的法官，毕洪海译，北京：法律出版社，2011。

袁希利，胡嘉金，王昭振，风险社会中的刑法解释，人民法院报，2012-3-2。

袁希利，胡嘉金，王昭振，风险社会中的刑法解释，人民法院报，2012-3-2。

界限的约束。《解释》根据网络的特点,对诽谤罪的量刑进行了补充说明,将“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的”纳入了“情节严重的”情形,从而完善了网络条件下诽谤罪的定罪量刑。这种网络空间规制的方向是有其合理性的,而且这也是目前网络刑事规制的一种主流做法——通过刑法解释的扩展实现对于网络行为的规制。此外,“一年内多次实施利用信息网络诽谤他人行为未经处理,诽谤信息实际被点击、浏览、转发次数累计计算构成犯罪的,应该依法定罪处罚。”这些规定进一步补充了网络诽谤的法律漏洞。但是,这个规定的“合理性、正当性问题却是非常复杂的。尽管有人认为,“《解释》是‘两高’有关部门在一年多的深入调研和论证的基础上形成的,全面收集了各种情况,对存在的问题进行了系统梳理,广泛征求了社会各方面的意见,具有较充分的实践依据。而从受众面上看,通常情况下,被点击、浏览 5000 次以上或者被转发 500 次以上,该信息的接触人群一般都在数千人以上,这还不包括接触该信息人员的口头儿传播。客观地说,这种范围的影响并不算小。”但是,事实上,这种解释仍然引发了广泛的质疑。特别是其科学性、有效性无法令人信服。抛开规范出台的民主性是否充分不论,单从将“浏览 5000 次以上或者被转发 500 次以上”这个传播效果作为定罪量刑的重要依据来看,其说服力是不充分的。对于网络空间的影响力如何计算,即传播效果问题本身是非常复杂的,针对不同媒介其计算方式往往是不同的。比如微信的影响力,清华大学数据研究院根据新媒体的新特性,通过阅读数、点赞数、点赞率等数据设计出 WCI 评价体系来评价新媒体的影响力。传播影响力是通过诸多指标加权之后计算得来的(这些指标包括总阅读数  $R$ 、总点赞数  $Z$ 、发布文章数  $N$ 、该账号当期最高阅读数  $R_{\max}$ 、该账号最高点赞数  $Z_{\max}$ 、平均阅读数  $R/N$ 、平均点赞数  $Z/N$ 、点赞率  $Z/R$ )。而如果只看浏览与转发数,这是对 web2.0 时代网络互动性的简单化理解,而没有重视反馈的多样性以及网络上对于“关系”的实质性影响。刑法被认为是“严厉的武器”,其“规制”地位的严肃性,就决定只能将那些手段相对成熟的做法纳入制度化的规制手段当中,而不是想当然地在认识尚未成熟时就采用一家之言。这可以说是,以目的解释为导向的实质解释的“负作用”,它超出了“一般人的通常的判断能力”,无法满足“形式的判断”的要求标准,因此,也可以说,《解释》在合理性上是存在瑕疵的。从权利保障的角度来看,权力必须先具备“合理性”才可以得到法律的授权,而《解释》面临的“合理性”危机也反映出言论表达权利保障制度的局限性及加强研究的紧迫性。

2. 网络谣言规制“合法性”方面的问题,体现了言论权利体系建构的紧迫性

首先,无论对于网络空间的认识上存在多大的差异,主张加强网络的刑法规制这一点在刑法学者当中是一致的,争议主要存在于“网络空间”规制化的方式。但这种加重对网络行为刑法规制的做法最大的风险在于其合法性。在刑法视野中,

实现对网络行为规制的路径——主要是通过对罪状中“关键词”通过法定程序再解释或者通过刑事立法构建新的罪刑规则，但在这两种方式中都要严格遵循法治原则。根据“复制说”与“再造说”，围绕着《解释》展开评价时，一种观点认为，《解释》对于诽谤罪的规定是科学、合理的，例如“诽谤行为入罪的标准作了科学化、合理化的规定，有利于提升刑法治理网络诽谤犯罪的法律效果”。而另一种观点对于定罪量刑提出了质疑，指出应完善现有刑法规制中的漏洞。他们的分歧主要还在于对罪状中“关键词”通过法定程序再解释是否违反罪刑法定，这是合法性的第一个方面的要求。虽然通过刑事立法的延伸，以司法解释的方式介入对网络空间严重危害行为的规制有其合理性和现实意义，但是，如何增强其合法性是当前需要解决的问题。从言论自由保护的宪政机制来看，刑事司法对于网络言论空间的规制遇到的问题也会越来越多，而且司法解释发布后最高法院也将面临很大的社会压力。我们应从建立言论自由基本权利体系的角度对于言论自由权有效保护与刑事司法在网络空间中的适用找到合理的边界——司法解释毕竟不是立法解释，其自身权力范围之外的网络规制目标只能由法律加以完成。除了通过对于言论自由权利保障“司法解释”的法治化之外，目前通过对于立法程序的完善，是加强对于“权力”打击网络谣言控制的“有效监督”，从而达到对于权力冲动的遏制，这也是法治化过程中实现人权保障功能中的又一条重要途径。“弥补某些长期存在的结构性立法缺失。其中主要是要制定保障公民言论出版自由、结社自由方面的公法，例如新闻出版法、结社法，等等。要制定保障这些基本权利的法律，难度的确很大，但宪法既然将它们作为基本权利给予了确认和保障，长期不制定出相关的法律显然是不妥当的。”而新闻法如果作为基本法律，其中就要明确法律层面所要保护的言论自由相关的权利，可以对知情权、表达权、监督权，甚至以后也可以对拒证权、合理怀疑权等具体权利在“法律”层面给予专门的保护。

其次，对于言论自由的保护最为重要的一项制度是“法律保留”原则，即“由法律”是指这种限制由法律直接做出，而“基于法律”则主要指行政机关必须有法律的具体授权，才能对基本权利进行限制，从而可以对言论自由权做出限制。对于司法解释中限制言论自由的质疑以及其他批评很重要的一点是，我们没有在

---

赵秉志，袁彬：网络诽谤入罪标准的细化科学合理，检察日报，2013-9-18。

于志刚等认为例如寻衅滋事罪、非法经营罪、传播恐怖信息罪、破坏计算机罪作为加重的罪名，它们吸收了少量权力机构认为具有危害性的行为。而应将哪些网络行为纳入何种已有罪名，以及对该罪名如何解释（定性），具体怎样认定（量刑）等方面都会受到质疑。上面这些罪名在向网络空间延伸时很多人就指责它们是口袋罪。甚至可以说，言论相关的罪名之间的界限也并不一定是清晰、明确的。

童之伟：宪法适用应依循宪法本身规定的路径，中国法学，2008（6）：47。

赵宏：限制的限制：德国基本权利限制模式的内在机理，法学家，2011（2）：152—166。

法律层面明确言论自由保障的具体内容，特别是没有在法律上明确对其加以限制的“兜底性原则”，这也是言论权利体系建构中的重要内容（比如舆论监督相关权利及制度的完善，等等）。西方国家对于基本权利的限制约束制度，除了法律保留的原则，还有一个就是“限制的限制原则”。权利限制的目的是为了能够更好地保障权利，因此，限制并不是无限度的限制，基本权利的限制存在“底线”。在德国《基本法》中，这个“底线”就是“任何情况下均不得侵害基本权利的实质内容”。通过法律中对基本权利侵害的“底线”以及救济途径做出规定，它既能保障言论自由这项基本权利又具有操作性，这将会对言论自由权利产生实质性的保障作用。此外，对那些确实需要在立法上明确对其规制的危害行为，从保障公民基本权利的角度，应该通过立法弥补的途径给予限定。如果网络空间监管的压力一味地只能依靠司法解释这一条出路，或者是“行政国家”逻辑下的权力扩张的途径，那么，对于国家法治建设的形象可能会造成持续性的损害。目前将刑事立法向网络空间延伸的过程中，以法律授权形式完善现有规章的合法性也是当务之急。总之，建立基本权利体系，针对言论自由一方面“授权”——通过制定网络法、新闻法加强公众、媒体网络内容传播中的权利保障；另一方面，完善法律对于言论自由的限制以实现“限权”的目的。而目前无论是立法还是司法都可以从言论权利保护体系建构的视角进行纠偏。

最后，在限制原则的落实过程中，还应该坚持对于“制约标准”的贯彻和实施过程的一致性。“在实践中，宪法中各项基本权利的性质不同，限制的方法也不相同，但是对于同一性质的基本权利，其限制的标准应该基本一致。当前存在的问题是，即使是在同一领域，对同一性质的基本权利，其限制的标准也不统一，形成了各式各样的标准。”

### （三）网络言论规制中言论自由基本权利保障体系的建构思路

提升新闻传播领域，特别是网络谣言规制中的人权保障功能，既需要着眼于长远——以人权理论、人权发展来推动新闻传播领域基本权利的完善，又需要立足国情，结合中国法治化水平的现实，不能够好高骛远，而是脚踏实地地推动基本权利的逐步增长。

#### 1. 通过立法恢复网络言论规制中的基本权利保障功能，完善权利保障体系

对于网络言论规制中存在的结构性、系统性的“权利—权力”关系失衡等问题，需要通过立法建构起言论自由保护的权力体系。立法中还应该坚持以下三项

---

石文龙：论我国基本权利限制制度的发展——我国<宪法>第51条与德国<基本法>第19条之比较，比较法研究，2014（5）。

石文龙：论我国基本权利限制制度的发展——我国<宪法>第51条与德国<基本法>第19条之比较，比较法研究，2014（5）。



基本原则和精神。

(1) 网络言论权利体系的完善应坚持“渐进调适”原则

网络空间的规制从历史上看是受复杂因素影响和制约的。言论自由权的历史发展表明二者的分歧将持续存在,言论自由保护的“惯性”在延续,但也面临新的问题。网络空间的刑法规制,并非是简单的言论自由与社会秩序哪种利益更加重要、孰优孰劣的观念问题。从言论自由的发展来看,言论自由既有历史性,也具有自身的国情。而言论自由发展到网络时代阶段,经历了漫长的历史。从这个权利的发展脉络来看,言论自由在各个国家的发展始终受到具体国情的影响,它围绕着国家政治、经济、社会的发展而处在不断“调适”的过程中。“言论规制调适期是很多国家在民主转型过程中都会遇到的一个问题,因此其间整个言论规制制度的调适过程也与其民主转型完全同步:民主转型较为顺利,则言论规制制度的调适过程也就波澜不惊;民主转型磕磕绊绊,则调适的过程也总是反反复复。”

围绕着网络谣言规制产生的关于言论自由与社会秩序在制度层面的不同倾向,按照言论自由“调适”的说法是可以得到解释的。在前互联网时代,言论自由权从理念逐渐转变成为民主国家的基本制度,从而使对于言论自由的保障得以增强。诽谤罪除罪化已经是世界性的趋势,“在英美法系国家,由于文字诽谤罪以及以文字诽谤罪为基础发展起来的其他诽谤罪都属于以保护社会秩序为目的的公犯诽谤,因此在这些国家,公犯诽谤除罪化就直接表现为诽谤罪除罪化。”2009年,英国通过国会立法废止了包括文字诽谤罪、煽动诽谤罪和淫秽诽谤罪在内的所有刑事诽谤罪名。各国在言论自由基本权利的理念下,还衍生出了各种诽谤罪的抗辩事由,从而极大地保障了言论的权利。由此可见,言论自由在民主自由的环境下得到了充分的成长,对于推动西方民主国家的社会发展发挥了重要作用。但是,在加强对言论自由原则、制度化建设的同时,各种网络言论自由引发的新问题又给社会秩序增加了风险,对于言论自由的监管带来了挑战。我们在言论自由权利、制度尚未得到充分发育的情况下就已经进入了言论的互联网时代,这就使网络规制的问题愈发复杂,网络言论自由争议变得更加多样。比如,当前美国围绕言论自由的争议主要体现在竞选经费的规制、制作和销售类似斗狗等与动物有关的血腥和残酷视频、涉及暴力的电子游戏、反同性恋者是否可以在阵亡士兵葬礼旁抗议、联邦通信委员会对电视直播中出现的“脱口而出的脏话”的规制、国会是否可以立法禁止和惩罚那些谎称自己曾获得军队荣誉勋章的人等。总之,这些问题相比于言论保护的范围已经远远超越了政治言论自由和保护,而且考虑的主体已经不是“个人—政府”二元对立关系,新媒体时代出现的类型繁多的、非典型、

孙平:《诽谤罪与言论规制“调适期”》,《环球法律评论》,2014(3)。

孙平:《诽谤罪与言论规制“调适期”》,《环球法律评论》,2014(3)。

左亦鲁:《告别“街头发言者”——美国网络言论自由二十年》,《中外法学》,2015(2)。

非主流的网络内容，对它们应如何看待？这将是言论自由权探讨中不能回避，而且需要纳入考虑范围的。而言论自由与权力之间的“调适”，将呈现出从宏观观念上的权利到微观具体权利，从言论自由的局部法律的保护到诸多法律形成保护体系的过渡，而这个过程必将是渐进的，任何简单、极端化的做法可能都无法适应中国的国情。因此，通过各种途径加强网络空间的法治化特别是提升刑事司法规制的合法性，以及建立其科学、合理的网络权利体系是完善网络言论治理的一项复杂而艰巨的任务。

（2）网络言论权利体系的完善应寻求言论自由保护与社会秩序两大利益的平衡，采取“轻轻重重”的策略

随着网络发展进入 web2.0 时代，社交性成为网络的第一属性，网络具有“媒体”与“关系”的双重属性。从媒体属性来看，“两微一端”代表的移动互联网时代，个人都可以通过自媒体向社会公开表达自己的观点。传统媒体影响力式微，反倒是孕育了一批拥有数量惊人受众的意见领袖。而关系属性是形成网络媒体影响力的背后运作机制。媒介化时代，社会人群通过一个个媒介而重新聚合，这种聚合往往是基于某些共同的属性，比如兴趣爱好、价值观，等等，而网络的嵌套式结构就为这种人群的迅速、持久的聚集创造了条件，放大了事件的传播范围。这些特点体现在网络谣言的传播方面，一是网络谣言数量的海量；另一方面，网络谣言扩散快，范围广，并且在“关系”提供的信任机制下能够对网络空间产生实质性的影响。网络谣言本身对于网络秩序（是整体社会秩序的一部分）是造成影响的，因此，对其加以规制就具备合理性。但是，网络空间的复杂性，对于规制的有效性提出了特殊的要求。“轻轻重重”的原则，也就是说，在网络治理的具体对策上应做到“既加又减”。“轻轻重重”是一种刑事政策，是如何解决犯罪问题的立场和态度。20 世纪中后期，面对刑事犯罪的蔓延趋势，西方国家只好对原有刑事政策作出调整，即将轻缓型的刑事政策调整为“轻轻重重”的复合型的刑事政策。“轻轻重重”有一系列具体的做法。在这里我们仅仅是将“轻轻重重”当成是一种网络言论规制“顶层设计”的思路，就是针对网络空间问题的增多，采取差别化、复合型的应对策略。“重重”是指加强对于网络违法行为的治理方式创新，特别是通过立法或者遵循严格的法律适用标准，明确网络中部分行为的危害与实体空间具有同质性，甚至惩罚更重。“轻轻”是指通过增加言论自由保障的

左亦鲁：告别“街头发言者”美国网络言论自由二十年，中外法学 2015（2）。

牛静：我国新闻传播法的立法原则，青年记者，2015（10）。

事实上，作为介入网络空间刑法规制手段的司法解释，虽然已出台不少，但是对于网络空间本身特性的认识远远不够。相对而言，民事领域的司法解释，在适应网络空间的特殊性方面已经有了不少的创新。比如，信息网络传播权；针对行为的特殊性，专门就删帖等行为做出规定，针对不同主体，对于网络服务提供商等企业的责任做出了规定。这些都反映出面对新的网络言论问题，规制也必须与时俱进，坚持渐进调适的原则。

制度设计，特别是制度化的权利救济通道，一方面，完善立法中言论自由的权利保障体系，明确权力边界。同时，增加追诉难度，依靠程序化的保障完善网络言论自由权的司法制度，从而达到减轻对于言论自由压制的力度。总之，通过“轻轻重重”由此追求对于网络规制既加又减的差异化治理目标。特别是网络谣言的规制不能一味地“紧”，结合网络空间的特点调整也要松紧适度。比如，面对治理的有效性，公权力部门有了很多的制度创新，比如微信十条、约谈制度，等等，这将是今后言论规制的一个主要途径。除了权力资源（立法、司法、行政）、网民自律、社会参与等多种方式也应该将其考虑进去。

（3）网络言论的治理体系还要求立法应统筹安排，切实增强对于言论权利的保障

一方面，网络空间规制的立法的路径需要统筹安排。网络空间具有自身的特性，这种认识将影响以何种理念及制度（更倾向言论自由还是社会秩序）通过何种方式（技术、道德、立法）或者何种法律手段进行规制，这就远远超出定罪量刑或者罪名完善这些微观层面问题的讨论。网络空间的发展变化对于立法者如何对其规制提出了挑战。在刑事立法领域，一方面要考虑如何适应网络社会的发展以及媒介化时代到来这个大背景，通过刑事立法加强对于网络危害行为的规制，确保网络的有序、健康发展。另一方面，媒介化社会的到来，那些关于公民基本权利的“僵尸条款”，例如表达权等言论自由权是否能够建立其落实的保障机制？网络从根本上应该带给人类的不是束缚而是自由、解放。因此，这些关于公民基本权利如何在网络相关的刑事、民事立法当中充分体现出来，让立法更多地体现出人性、自由的光芒这是应该思考的时代课题。目前的问题是，在立法上，由于对社会秩序稳定的要求更紧迫，因此，刑事立法冲到了新闻传播立法的前头，而从促进言论自由及其权利保障体系的角度出发提出网络治理立法规划的路径则行动相对迟缓。由此再来看当前的关于网络谣言治理问题上的分歧，就会发现网络时代的到来，针对互联网的规制，立法部门仍旧套用过去传统的惯性思维和做法，而这就与社会公众，包括新闻传播等领域的学者对于网络社会带来权利解放的感受和期待发生了冲突，甚至是“背道而驰”。公众对于法治的期望和要求越来越高，但是，在言论的规制领域，仍然停留在保持原有秩序阶段而“人权”保障的功能却十分不完善，这种局面不利于国家法治的现代化。目前，制定新闻法的呼声不断，有人也主张网络法是新闻法中的一部分。但是，不管网络是否有可能统一立法，都需要先在观念、制度、体系等方面展开深入的研究，为网络空间的法治化建设创造必要的条件。

## 2. 推动网络言论自由权利的程序性保障机制的完善

言论自由权属于基本权利，因此，在权利的落实过程中，还有必要建立起特殊的针对言论自由权利救济的相关制度。“权利救济制度对确保基本权利的真正实

现至关重要。基本权利限制应该符合宪法的要求。如果权利限制实质性地影响了公民基本权利的行使，则公民可以诉诸法律和有关机关予以救济。”因此，通过对于基本权利在诉讼制度上给予有别于其他犯罪追诉的不一样的程序设定，就有其合理性。这些制度的设计，比如，19 世纪末（国家）针对诽谤罪就已经发展出不同的程序，“对报纸责任人的刑事指控需要法官事先发出命令”，“报纸诽谤与登记法规定对于新闻媒体负责人的诽谤诉讼如果符合条件可以适用刑事案件简易程序进行审理。”历史上，在民主化、法治化的发展过程中，类似的言论自由保护的特殊程序和制度在很多国家都出现过。

与法治的整个进程紧密相关，我国围绕言论自由权利保障的程序还存在着系统性的缺陷。第一，国家层面在刑事司法领域并未对言论领域的案件设置特殊的保护程序。第二，依靠行政权力的管制是媒体监管的主要形式，但行政权力针对媒体监管的相关规范中向来都是重“监管”轻“保障”，致使该领域媒体权利的救济程序几无发育的空间。第三，行业自律性组织的监管也是以义务性规范为主，并没有在记者权利保护方面像西方国家那样建立程序性的保障机制。因此，传统媒体时代我们并未建立起成熟的言论自由保护的程序，而随着“人人都是麦克风”的互联网时代的到来，公众对于言论自由程序性保障的诉求愈发强烈，这就更值得我们对此进行深入的研究。

3. 建立言论自由保护与人权条约之间的互动通道，推动言论自由权的立法衔接及其体系化

从法律渊源来看，一般来说，法律的正式渊源包括制定法、习惯法、判例法和国际条约。中国国务院新闻办发表的《2012 年中国人权事业的进展》白皮书指出，中国已加入包括《经济、社会及文化权利国际公约》在内的 27 项国际人权公约，并在为积极批准《公民权利和政治权利国际公约》创造条件。《公民权利和政治权利国际公约》中关于言论自由的保障包括两个方面，一是言论自由中表达的权利，二是获取信息并向外传播的权利（这主要是在私法中的网络信息传播权，但是公法中未能发育起来）。我国已经加入了《公民权利和政治权利国际公约》，因此，应为批准后如何落实该条约创造条件。以此为契机，不仅仅可以借此对现有的新闻传播法的现状进行批判性的反思，还可以由人权视角的研讨为切入点，为新闻传播权利的完善和落实找到一条切实可行的“对接”路径，从而完成对新闻传播法的结构重建。也就是说，人权视角除了其对于新闻传播法在认识层面体系化的功能，也有利于提升新闻传播领域的人权保障功能。从人权角度推动新闻

石文龙：论我国基本权利限制制度的发展——我国<宪法>第 51 条与德国<基本法>第 19 条之比较，比较法研究，2014（5）。

孙平：诽谤罪与言论规制“调适期”，环球法律评论，2014（3）。

传播法研究及其立法衔接的优势何在?一方面,人权的内涵中已经包含了新闻传播活动中最重要的言论自由的一些基本标准,这些制度建设的经验可以为我所借鉴,是言论权利体系建构的基础。另一方面,从人权标准出发,深入探讨符合中国国情的具体权利的类型,这将是一项基于本国国情的开创性研究。比如,“四权”在推动人权方面已经是非常重要的一步,它又是党的指导性意见,政策性文件可以为下一步健全言论自由权利的讨论提供基础。不过,对于“四权”从人权视野下重新划定言论自由的权利义务边界的角度加以审视,就会发现,它还存在以下问题。

(1) 网络活动内容丰富,“四权”是否充分、完整。

(2) 新闻传播活动中的具体权利也没有明确。

(3) 这些权利如何落实的措施及保障制度也还没有建立。特别是,在与公权力相关的新闻传播关系中,人权保障的限制令人担忧,权利落实已陷入困境,因此,亟需找到权利完善的突破口和实现路径。

总之,以基本权利理念为出发点无论是从实践层面,还是理论研究的角度都会对新闻传播法产生积极的影响,它对于推动网络言论权利的体系化以及提升新闻传播领域的法治化水平都有着重要的意义。

#### (四) 网络言论规制中言论权利保障体系缺陷背后的深层次原因

法治追求目标认识上的差异是言论自由权利体系缺陷产生的重要原因。“社会秩序说”与“网络言论自由说”的不同主张,体现了对于法治追求不同阶段目标的差异。而事实上,这才是最深层的根源,对于“法治”共识的缺失,才导致言论规制领域巨大分歧的出现。法律来源的民主性、法律对权力约束的有效性、法律对人权保护的有效性是评判和衡量一个社会是否属于法治、法治化达到何种程度的参照标准。狭义的法治即法的统治,它与民主、人权一起,构成完整的现代法治。“理想的法治社会蓝图是人民享有民主,权力得到驯化,人权充分保障。三者缺一不可。”民主包括形式民主和实质民主,而实质民主就是要保证人权,维护社会的基本价值。“民主是多数人统治和统治多数派的基本社会价值的微妙平衡……当多数派剥夺少数人的人权时,就会伤害民主……”。就网络谣言等网络内容的刑事规制来看,权力任性而为,而针对言论的刑事规制民主性比较缺乏,言论自由这个基本人权并未得到很好的保障。

首先,权力得不到有效的制约就导致网络言论一旦对政府部门造成不良影响,权力部门极易通过动用公权力打击公民个体。

---

丛日云:现代法治社会的理想模式及其实现次序,探索与争鸣杂志,2015(7)。

[以]巴拉克著,民主国家的法官,毕洪海译,北京:法律出版社,2011:89。

其次，从公众角度来看，网络空间关系的刑事规制牵涉到每一个人的利益，因此，在与社会公众的沟通上就应有更高的要求。

最后，我国目前言论自由权保护的基本法律和制度不完善，这就成为法律层面人权保障的一大障碍。刑事立法处于相对封闭状态，民主化程度不高，网络言论规制在实践中也仅呈现出实现“社会秩序稳定”这个目的实现路径上的差异，还没有上升到“人权”基本价值讨论的高度。从不同的法治标准出发，就会得出不同的关于网络言论规制的对策，这也就是言论自由权的呼声与强调社会秩序的现实主义主张之间形成巨大分歧的原因所在。不过，通过各种形式加大公众的参与，提升立法的民主化、科学化是包括网络空间在内的社会主义法治建设的必然要求，要实现法治社会的建设的长远目标，法治建设中从人权保障角度探讨对于刑法言论规制的“底线”原则及其相关的权利保障制度，应循序渐进，坚持持续、逐步地推动法治精神融入社会。

## 二、网络泄密的监管及其困境

2006年年底成立的维基解密网，其宗旨是“向全世界公布所有被组织机构蓄意欺骗与隐瞒，而不能被任何人的良知所忽略的消息。”维基解密网据称是由一群来自美国、欧洲、澳大利亚与南非以及中国大陆、中国台湾的数学家、科学家与自由思想者所创办，旨在帮助人们放心地、不怕被追踪地向全世界公布可靠的敏感新闻，推动揭露政府和企业贪腐的秘密。“维基解密”成立之后陆续披露了一大批美军机密文件，而随着众多鲜为人知的阿富汗战争内幕曝光，一时间，“维基解密”网站也成为众人关注的对象。互联网这个新兴的传播工具，具有信息传播速度快、距离远、范围广等特征，各种信息包括国家秘密往往在几个小时、几分钟之内就可以传播全世界，因此，网络上泄露国家秘密（简称网络泄密）比传统泄密的影响更大，危害也更为严重。而且，网络环境中泄密发生的频率更高。据全国人大内务司法委员会的一项调研报告显示，目前计算机网络泄密事件已占泄密总数的70%以上，并呈逐渐增长趋势，计算机网络泄密已严重威胁国家安全和利益。“一方面，信息化发展使核心国家秘密的存在形态和运行方式发生巨大变化，泄露的风险增大。另一方面，境外敌对势力掌握技术上的绝对优势，窃密手段隐蔽、高明。”为了适应互联网带来的这个新问题，2010年新修订的保守国家秘密法就增加了不少应对网络条件下泄露国家秘密行为的法律规制内容。在新形势下，还需要进一步完善现有的各项制度，以适应网络环境下国家保密工作的需要。

---

皮勇，王启欣：论信息化环境中核心国家秘密泄露危险的刑法规制，江汉论坛，2015（12）。

### （一）网络与新媒体泄密问题及其表现

2010年修订后的《中华人民共和国保守国家秘密法》第二条对于国家秘密给出的定义是，“国家秘密是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定的时间内只限一定范围的人员知悉的事项”。政府在信息公开过程中，保密审查的信息类型，除了国家秘密，还包括商业秘密、个人隐私、敏感信息（包括行政机关的工作秘密）。《政府信息公开条例》第八条规定：“行政机关公开政府信息，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”第十四条规定：“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。”可见，网络上国家秘密这类信息在数量上并不占多数，不过，由于国家秘密事关国家的安全和利益，对其的保护就具有十分重大的意义。因此，各个国家在不同发展阶段都会通过各种制度、措施加强对国家秘密的保护。

根据对国家在政治、经济、国防、外交等领域安全和利益保护的需要，《保守国家秘密法》中规定的国家秘密的内容主要涉及以下七项。

- （1）国家事务重大决策中的秘密事项。
- （2）国防建设和武装力量活动中的秘密事项。
- （3）外交和外事活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的秘密事项。
- （4）国民经济和社会发展中的秘密事项。
- （5）科学技术中的秘密事项。
- （6）维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项。
- （7）经国家保密行政管理部门确定的其他秘密事项。

此外，还补充提到，政党的秘密事项中符合前款规定的，属于国家秘密。国家秘密除了“关系国家安全和利益”这个根本特征之外，还具有法定性、时效性、封闭性等其他特征。法定性是指国家秘密及其密级的具体范围，即是否属于国家秘密，属于何种密级，在法律上都有明确的规定，需要通过法定程序确定国家秘密及其密级的具体范围。国家秘密的密级分为绝密、机密和秘密三级。《保守国家秘密法》第十一条规定，国家秘密及其密级的具体范围，由国家保密行政管理部门分别会同外交、公安、国家安全和其他中央有关机关规定。这体现的是通过对定密权的法律控制，以防止保密权力被滥用。国家秘密的时效性与封闭性是指国家秘密具有一定的保密期限和接触范围。前者是指国家秘密发生效力的时间。《保守国家秘密法》第十五条规定，“国家秘密的保密期限，除另有规定外，绝密级不超过三十年，机密级不超过二十年，秘密级不超过十年”。此外，该条第三、四款中同时还包含了对解密制度的规定，这也是新修订保密法的一大亮点。其中提到，“机关、单位应当根据工作需要，确定具体的保密期限、解密时间或者解密条件。”

“机关、单位对在决定和处理有关事项工作过程中确定需要保密的事项，根据工作需要决定公开的，正式公布时即视为解密。”对解密制度的规定，体现了保密制度更加注重保密权力与公众知情权之间的平衡。除了时效性，对国家秘密接触范围的规定，同时体现出国家秘密具有封闭性的特征。《保守国家秘密法》第十六条规定，国家秘密的知悉范围，应该根据工作需要限定在最小范围。

互联网时代的到来，使国家秘密在网络上的传播更为便捷，却也增加了国家秘密保护的难度。网络信息传播过程中泄露国家秘密的现象频发，这已经引发了社会的广泛关注。维基解密是一个大型文档泄露及分析网站。2010年7月26日，“维基解密”在《纽约时报》《卫报》和《镜报》的配合下，在网上公开了多达9.2万份的驻阿美军秘密文件，引起轩然大波。这个泄密事件被称作美国1971年“五角大楼文件泄密案”的“2.0版本”。尽管“维基解密”公布了大量美国和其他国家的外交军事文件，甚至部分是美国标有密级尚未解密的文件，但是，美国政府要想指控“维基解密”创始人阿桑奇却仍面临诸多的困难。

第一，阿桑奇并非美国人，在美国无住所，也不具有美国国籍，更未踏及美国领土，因此，在案件的司法管辖权方面力所不逮。

第二，由于维基解密公布相关信息的行为也不是发生在美国境内，而且由于网络渠道的隐匿性，也不能确定上传的有关信息是在美国完成的，因此美国法院很难将其纳入管辖。

第三，美国侵犯国家秘密的犯罪，只是惩治负有保密责任的国家工作人员，而公布泄密信息的媒体根据美国宪法对言论自由的保护，也不能轻易就追究其责任。

第四，即便能够对阿桑奇提起刑事控诉，在案件审理中，政府为了证实维基解密公布的信息造成的危害就要向大陪审团和法院披露更多的机密消息，这也不是政府愿意看到的。

由此可见，网络的发展增加了国家秘密泄露的风险和防范国家秘密泄露的难度，特别是对于网络泄密的法律规制还将面临诸多的难题。因此，互联网时代，重视和加强网络环境中的保密工作，完善防泄密制度，这是有效保护国家秘密、维护国家安全和利益的需要，对于我国的改革开放和社会主义建设也具有重要的意义。

#### 1. 网络泄密的主要途径及其特征

进入数字化时代之后，传统的国家秘密的载体发生了革命性的变化。国家秘密已由原先主要是纸质载体存在的信息转变为数据形式的存在形态。国家秘密数据化的存在，使其具有了传播的便捷性、隐匿性、聚合性、广泛性等特点。而信息载体的变化，也使国家秘密的泄露与过去相比具有很大的差异性。网络泄密的

---

靳婷.网络时代公民知情权的保护与侵犯国家秘密罪的惩治——以维基解密事件为例.中国检察官,2010(24).



途径主要包括以下四种情形。

第一种途径是计算机存储设备的泄密。计算机的存储设备是泄露国家秘密的一个重要途径。磁盘、光盘等外存储设备很容易被非法复制或篡改。由于磁盘经过数次消磁之后，仍有办法恢复原有记录，当磁盘原先存有的秘密信息被重新使用时，通过非法利用磁盘剩磁就可以提取原有的秘密信息，因此将秘密信息与非涉密信息不加区分地放在一起使用，就很有可能造成泄密。2010年新修订的保密法就明确规定，“非法复制、记录、存储国家秘密的”，“使用非涉密计算机、非涉密存储设备存储、处理国家秘密信息的”等类似行为无论是否造成严重后果，都要承担法律责任。

第二种途径是计算机联网泄密。计算机网络化使对于信息的收集、加工、储存、传输融为一体，计算机对社会生活各领域的影响达到了一种前所未有的程度。随着互联网技术和应用的发展，特别是社会化媒体的兴起，网络上个体之间的频繁互动成为 Web2.0 时代网络发展最明显的特征之一。不过，网络的互联互通却极易造成通过新技术窃取国家秘密或者是国家秘密在网络空间中的非法传播。近年来，一些涉及普通网民的泄密案件中，不少人都是由于受到利益诱惑，被境外的机构或个人所利用，借助网络的互动、便捷性窃取或传递国家秘密。2014 年 11 月，境外间谍情报机关嫌疑人“JANNY”通过求职 QQ 群与廖某某搭讪并加为“好友”，称可以介绍工作，主要是拍摄湛江军港停泊的军舰舷号，并称无须办理入职手续，只需网上联系。廖某某按对方指令到湛江军港附近拍摄并报送了相关的照片，获利 1000 元。此后，廖某某在观看了广东卫视播出的专题片《警惕间谍》及媒体的相关报道后，认识到自己的行为已触犯法律，主动拨打广东省国家安全机关报警电话自首。广东省国家安全机关依法对其进行了批评教育，并根据我国反间谍法第二十八条规定，免于追究其刑事责任。还有一些泄密案例是由于保密意识、观念淡薄，不经意间通过论坛等网络空间泄露国家秘密。2010 年 10 月，G 市某管理公司举办军事主题园，主要提供军事文化、装备展览和军事项目体验等服务内容。2011 年底该军事主题园正式开业前，委托当地一家文化公司设计制作军事主题展馆和展览广告画。文化公司接受委托后，通过互联网搜集了一些图片和资料，主要包括我军近年来研制或改装的武装直升机、歼击机、洲际导弹、常规动力航母和主战坦克的图片及性能参数，其中绝大部分是已公开资料或虚构内容，但其中某型号武器装备的部分数据涉及 1 项秘密级国家秘密。文化公司对搜集的图片和资料加以汇总、编辑后，制作了 8 块展板，其中 1 块含有涉密内容，军事主题园将展板悬挂于园区入口处公开展示。2011 年 12 月，军事爱好者 M 前往该主题园游玩儿时，觉得上述展板图片清晰、资料翔实，遂逐一拍照并上传至在 D 市登记备案的一家军事论坛海军版。B 市军事爱好者 L 在网上看到图片，将其转载至国内某门户网站的军事论坛。有关部门发现涉密图片上网后，采取了相

应的处理措施。不难看出，网络信息传播的碎片化、互动性、泛在性等特征已深刻地影响着对于国家秘密的保护，其中最大的变化就是网民泄密现象的增多。网络泄密与传统泄密有很大的不同，主要表现为：一是网络泄密的传播效率高。由于网络强大的传播力，理论上，泄密信息在瞬间就可能达到世界的各个角落，这使过去以事后处置、应对为主的国家保密制度的效力大大降低。二是网络泄密的方式方法不断更新，渠道更隐蔽。网络泄密主要利用的是互联网发展中出现的新技术，网络的安全在很大的程度上取决于网络攻防技术的水平。然而，一直以来，相比较于社会而言，国家在技术层面并不能总是占据优势地位。就网络安全领域而言，网络防御技术往往都比较滞后于网络攻击技术的发展，这就导致了网络泄密的方式、方法处于不断更新变化的过程中，而对网络泄密的技术应对却很可能处在一种相对落后的状况。

第三种途径是涉密工作人员的网络行为泄密。如今网络已涉及人们社会生活的方方面面，可以满足个体沟通交流、意见表达、自我展示等诸多需求。由于一些涉密工作人员对于国家秘密重要性的认识不足，有意或者无意地在网络上泄露国家秘密，就可能会给国家利益造成难以挽回的损失。斯诺登曾经是美国中央情报局（CIA）雇员，他披露了大量在任职期间获得的美国国家秘密，直接影响到后来美国网络安全政策的调整。修订后的保密法第四十八条中详细列举了涉密工作人员的各种违法行为，为此类行为的处理提供了更加完善的法律依据，由此加强了对涉密工作人员的监管。

第四种途径是新闻媒体泄密。《新闻出版保密规定》要求新闻传播媒体及其从业人员和提供新闻信息的单位及其有关人员应当加强联系，协调配合，执行保密法规，遵守保密制度，建立健全新闻保密审查制度，共同做好新闻保密工作。但是，在媒体市场化竞争日趋激烈的环境中，一些新闻工作者仅仅为了满足公众的好奇心或者是单纯追求所谓的新闻价值，就将新闻传播中保密审查的制度抛之脑后，放松甚至全然不顾所发表文章、资料等是否涉及国家秘密，由此造成国家秘密的泄露。媒体泄密虽然数量不多，但其造成的后果往往是比较严重的。2008年北京奥运会开幕前10天，韩国三大电视台之一的SBS电视台在其新闻节目中播出了一段长约两分钟的开幕式彩排片段，引发了各界的强烈反应。8月7日，北京奥林匹克转播有限公司对SBS电视台作出了禁止采访彩排及开幕式的制裁。在互联网时代，信息传播的时效性大大提高，加之媒体对轰动性新闻的盲目追逐，很可能放松对涉密内容的审查，进而就增加了泄密的风险。修订后的《保守国家秘密法》增加了对新闻媒体网络泄密的行政监管，比如“报刊、图书、音像制品、电子出版物的编辑、出版、印制、发行，广播节目、电视节目、电影的制作和播

---

吴瑞：从一起典型网络泄密案件看过失泄密的认定，保密工作，2012（11）。

放,互联网、移动通信网等公共信息网络及其他传媒的信息编辑、发布,应当遵守有关保密规定”。此外,2014年发布的《新闻从业人员职务行为信息管理办法》,其中第四条就规定,“新闻单位应健全保密制度,对新闻从业人员在职务行为中接触的国家秘密信息,应明确知悉范围和保密期限,健全国家秘密载体的收发、传递、使用、复制、保存和销毁制度,禁止非法复制、记录、存储国家秘密,禁止在任何媒体以任何形式传递国家秘密,禁止在私人交往和通信中涉及国家秘密”。

## 2. 网络泄密问题监管面临的挑战

在网络环境中,国家秘密传播的广泛性、便捷性以及主体的多元性等特征,使网络泄密与传统泄密相比已经发生了不小的变化,这就对原有的保守国家秘密的理念和制度造成了一定的挑战。

### (1) 网络泄密的监管要面对公众知情权与国家保密权利之间的价值冲突

互联网上保守国家秘密相关制度的背后所涉及的主要是国家保密权利与公众知情权之间的矛盾。“更何况,正因为互联网的发展,经济竞争的加剧导致了保密形势的严峻,我们更应当严格区分国家秘密与非国家秘密的界限,从而既准确地保守了真正的国家秘密,维护了国家的安全与利益,也使不属于国家秘密的信息得以及时地公开,从而保障了公民的知情权。”所以说,协调这两种不同价值的目的是,既要很好地保护国家秘密,有效地维护国家安全和利益,但同时也要尽可能地保障公众的知情权。而权利界限的不明确,就必然会降低国家保密制度的有效性。《南方周末》曾做过一篇《“国家机密”出笼记》的新闻,讲述了某市卫生局出台的一份曾四处传播的文件,在发出6年后摇身一变,竟然还成为了“国家机密”。而这份所谓的国家机密还能够在法院档案室查阅。由此可见,国家秘密界限的混乱,而划定国家秘密的范围,明确保密事项和法律责任,这是建构合理、完善的国家保密制度的前提。因此,保密法中所指的国家秘密应有明确的范围,不能够把非国家秘密的事项也纳入国家秘密中。“……保守国家秘密是指依法保守事关国家安全和利益的事项,而不是保守敏感信息或者行政系统的内部信息,更不是把政治过程和行政过程神秘化、特权化、精英化。否则,‘保密’不仅会被异化为官僚主义的保护伞,还有可能成为滋生腐败的温床。”有人发出呼吁,“要遏制一些政府部门将‘国家秘密’作为阻止信息公开的‘挡箭牌’,避免‘国家秘密’这几个字就是‘一夫当关,万夫莫开’”情况的出现。在网络空间的海量信息中,清晰界定国家秘密的范围有着更为现实的意义。在海量信息充斥着的网络空间中,不明确界定国家秘密的范围就会使防范国家秘密泄露与保障公众知情权的制度目标落空。对此就有学者指出,“……没有出口的结果必然是有一天车库会被装满,

沈福俊.建立与政府信息公开制度相适应的保密制度——以<保守国家秘密法>的修改为视角.法学,2009(9).

孙宝云,李艳.保密管理改革:奥巴马政府的新举措及对我国的启示.晋阳学刊,2011(1).

蒋洪.预算公开才能约束权力 保密法不能成障碍[N].中国青年报,2010-3-4.

真正的国家秘密将无处栖身！纵使我们假设车库可以无限增加或者无限扩大，信息可以无限存入，我们依然无法避免国家秘密陷入信息的汪洋大海中，真正的国家秘密反而得不到有效保护，更何况保守国家秘密的成本十分昂贵。”

一般而言，从信息类型的角度，可以将个人隐私、商业秘密之外的信息称作政府的未公开信息。政府的未公开信息主要涉及四类信息：国家秘密、敏感信息、内部信息和政府部门不想公开的其他信息。按理说，保守国家秘密法与信息公开条例之间应有各自相对明晰的调整对象，但是，现实当中，保密法将“内部信息”“敏感信息”等大量理应由信息公开条例调整的信息类型纳入了保密法。比如，直到2011年，在国务院的全力推动下，98个中央部委中才有92个部委的“三公”消费全面向社会公开，各级政府的预算、决算明细，也是逐步才摆脱“国家秘密”的待遇，作为公开信息进入公众视野。而这类包括预算、决算、“三公”消费在内的大量财政信息，还有突发公共卫生事件的统计信息，等等，这些敏感信息本应属于信息公开法所包含的内容。互联网环境下造成国家秘密范围模糊的根源在于国家保密制度的不同价值取向。美国总统奥巴马在其颁布的总统令序言就提到，“保护对国家安全至关重要的信息与实现政务公开的承诺具有同等优先的地位；准确、负责任地运用定密标准、程序与有效解密也处于同等重要的地位。”即他强调信息安全中“双优先”的重要性。然而，长期以来，我国保密工作采用的模式是“以保密为原则，以公开为例外”，倾向于将所有政府信息定密。这实际上能够反映出保密法与信息公开条例之间的价值冲突。美国的保密制度与信息公开制度都可以纳入统一的《信息自由法》中。“主要表现为旨在推动信息公开的《信息自由法案》有专门的条款规定豁免公开的具体信息类别，其中包括国家秘密信息不得公开的规定。而专司保守国家秘密的《国家安全涉密信息》总统令，则专门设立不得定密条款，防止以国家秘密的名义拒绝信息公开的各种潜在的可能性。”由此也就实现了二者调控信息流动价值目标的一致性。“因此，从立法框架上看，美国的保密管理条例完全被包容在《信息自由法》中。这不仅为推动信息资源的合理流动提供了最大的便利，同时也能够确保国家秘密的安全。”对于保密与信息公开制度之间的价值协调问题，有学者表达了如下观点，“虽然很多国家在推进政府信息公开的同时，都还存在一定范围内的保密制度，但其特点，一是强调保密是在政府信息公开前提下的保密，是‘以公开为原则、不公开为例外’原则规范下的保密，并且仅仅是政府信息公开制度中的一个特殊内容；二是保密制度的出

孙宝云，沈永社：中美比较视野下公开与保密关系探究．理论与改革，2012（6）．

孙宝云，李艳：保密管理改革：奥巴马政府的新举措及对我国的启示．晋阳学刊，2011（1）．

张昭庆：论国家秘密核定权的完善．江海学刊，2011（3）．

孙宝云，沈永社：中美比较视野下公开与保密关系探究．理论与改革，2012（6）．

孙宝云，沈永社：中美比较视野下公开与保密关系探究．理论与改革，2012（6）．

发点是为了保障公民获得政府信息的权利，是为政府信息公开制度服务的，因此一般都对保密的具体范围作明确的限制性规定。”因此，我国网络时代保密制度的完善要重视保密制度与其他信息传播制度之间价值的平衡与协调。

## （2）互联网环境下保守国家秘密的需要与现有保密监管制度之间存在不适应

一方面，网络环境下防范源头泄密机制的建立具有一定的挑战性。保密法规中规定的处理泄密事件的一般原则和步骤是：及时报告，防止扩散；及时调查；依法处罚。这可以说是一种针对泄密问题的事后监管制度。而互联网环境下的网络泄密不仅需要事后的紧急处置，更需要做好事前的防范和监管，因为网络泄密一旦发生其对国家的安全和利益造成的损失往往是巨大的，且难以弥补。网络的互动性、便捷性加大了网络泄密的风险，因此，对于国家秘密的保护应将事前的积极防范作为首选。肯尼迪总统曾说过这样的话，“政府是头号泄密者”。西方国家对于国家秘密的保护，着重于“宣誓者”（affiant）责任制度的建构。“在西方英美等国，保密责任主体限于‘宣誓者’，主要就是公务员、军职人员或其他在国家特种行业供职的雇员，以及与政府签订协议的承办商等，此外就是查有实据的间谍；一般民众并不承担保守国家秘密的义务和责任。”虽然各国的保密制度存在差异，但是，互联网时代更应重视对于涉密工作人员的监管。2013年发生的在世界范围内产生广泛影响的斯诺登事件就是一起典型的政府雇员泄密事件。斯诺登向国际社会彻底曝光了以“棱镜”项目为代表的美国政府秘密监控行为。斯诺登泄露的很多国家安全局文件都是“绝密”密级，甚至有些级别更高的文件也被揭露，这些文件的泄露给奥巴马政府造成了巨大的压力。政府雇员的泄密，大体可以分成政策性泄密与非政策性泄密两种类型。二者的区别主要体现在泄密的心理动机方面。前者一般是为了达到某个更重要的目标，而选择的一种替代性策略，如采取检举、损害、支持等手段。斯诺登泄密就属于政策性泄密。而非政策性泄密主要包括“利己性泄密；示好性泄密，向记者泄密讨好记者方便以后泄密；情绪性泄密，通常因为自己不受重视，为发泄对集体的不满而泄密。”由于政府雇员泄密情形的多样性，特别是对其情绪性泄密是难以把握的，所以说，政府雇员的网络泄密具有防不胜防的一面，这也就增加了从源头防范泄密的难度。不过，即便如此，仍需加强对泄密源头的控制。在互联网上从事各类活动时，涉密工作人员一定要绷紧保密这根弦，提高保密意识，遵守保密规定，并且要了解和掌握保密的知识，避免在网络上随意发布或者传播涉及国家秘密的信息，严格遵守“网上不涉密，涉密不上网”的保密工作要求。

沈福俊. 建立与政府信息公开制度相适应的保密制度——以〈保守国家秘密法〉的修改为视角. 法学, 2009(9).

黄珊. 网络传播法规与道德教程. 上海: 复旦大学出版社, 2006.

魏永征, 钟晓璐. 新闻调查记者与国家秘密: 从记者刘伟卷入“案中案”说起. 新闻界, 2015(22).

李扬. 美国应对未授权信息泄密问题的困境及归因. 档案管理, 2016(2).

另一方面，新媒体时代社会公众安全责任意识不高，加剧了泄密行为监管的难度。新媒体时代，网络服务提供商、网络媒体、普通网民的泄密现象时有发生。传统媒体还可以通过实行自审与送审相结合的新闻保密审查制度尽可能地防止泄密发生，而网络媒体对于国家安全的责任感就远不如新闻媒体那么强。新媒体的发展势头迅猛，而通过新媒体的泄密问题越来越成为困扰各国政府的一大难题。比如，美国陆军士兵布拉德利·爱德华·曼宁向维基解密网站泄露了大量五角大楼和国务院文件，其中涉及大约 40 万份伊拉克战争的报告、25 万份国务院电报以及数万份美国在阿富汗作战行动的文件。这类事件的发生，都说明互联网背景下网络媒体如何保守国家秘密是各国政府必须应对的新课题。2010 年新修订的《中华人民共和国保守国家秘密法》第二十八条规定，互联网及其他公共信息网络运营商、服务商应当配合公安机关、国家安全机关、检察机关对泄密案件进行调查。发现利用互联网及其他公共信息网络发布的信息涉及泄露国家秘密的，应当立即停止传输，保存有关记录，向公安机关、国家安全机关或者保密行政管理部门报告。应当根据公安机关、国家安全机关或者保密行政管理部门的要求，删除涉及泄露国家秘密的信息。由此，从法律角度对于网络服务商在防范与查处网络泄密中的法律责任做出了规定，这有利于加强对网络泄密的监管。不过，同时还需要对网络服务提供商承担“管理义务”的具体内容及相关的制度如何落实等问题做出更加详细的规定。“我国修订后的保密法明确了网络运营商和服务商对网站内容的监督和报告义务，但面对保密工作的专业性、复杂性和保密领域的广泛性，网络运营商和服务商很难具有保密监督的专业性、敏感性。因此，建议各涉密单位根据自己所掌控或管理的国家秘密的内容提炼关键词，组织专门人员，对网络公开信息进行常规性监督检查，以便更准更快地发现泄密信息。”不过，在大数据及其应用技术快速发展的今天，通过对一定数量数据的整合分析之后，仍有可能发现非常重要的情报信息。这种由互联网技术和传播带来的国家秘密保护的复杂性，需要有关管理部门采取更加积极、灵活的策略，及时评估国家秘密泄露的风险，加强与网络服务提供商等社会力量的合作，以便共同应对网络泄密带来的新挑战。除此之外，作为网络活动重要参与主体的网民，他们也可能在有意或无意之间泄密，从而对国家的安全和利益造成危害。而如何应对这个问题，也是既紧迫又艰巨的任务。新媒体上大量网络社群的出现，他们几人或者数十人不等由于共同的兴趣爱好聚集起来，他们所关注的话题就有可能会在无意中涉及国家秘密。当前发生的很多网络泄密的案例中，网民或者主动泄密，或者是无意泄密都已经给国家的安全和利益造成了一定的损害。在新媒体环境下，所出现的国家安全责任下滑、保密意识匮乏的状况令人担忧，应引起我们足够的重视，加快防范

---

赵冬：网络泄密的特点与防范，保密工作，2011（4）。

网络泄密监管制度的建设步伐。

## （二）网络与新媒体泄密的应对之策

由于技术手段、公众保密意识、监管制度等诸多方面的不完善，就造成了大量网络泄密现象的发生。根据网络泄密的特征及主要途径，可以从技术、法律与管理制度的完善、道德规范建设等方面加强对网络泄密的治理。相对于传统泄密的治理，应对互联网环境下的泄密，除了进一步强化政府的监管，还需要综合治理，多管齐下，并且着眼于事前、事中、事后网络泄密全过程的监管，以此更好地保守国家秘密，维护网络时代的国家安全和利益。

### 1. 不断提高技术手段应对网络泄密的能力

计算机网络应用中面临着许多的外部威胁，如黑客攻击、网络病毒等，它们都有可能造成网络瘫痪、泄密等现象。因此，需要不断通过技术手段的提升来保障网络的安全。因为一旦计算机网络被病毒攻击，或者秘密信息落入他人之手都将造成无法估量的后果。因此，就需要加大对入侵防范技术的研发，通过软件的升级有效识别和拦截各种类型的病毒，检测网络安全隐患阻止黑客的入侵，以此维护网络的安全。同时，也要利用数据加密技术，对涉及国家秘密的信息进行加密处理，防范此类信息在传输过程中泄密。不过，由于目前还不可能出现一项技术能够百分百地保证涉密信息的安全，即便是拥有全世界最领先技术的国家，也依然会遇到网络被黑客攻击、源代码被窃取等情况，所以说，为了最大程度地保障国家秘密的安全，涉密信息系统与互联网实施物理隔离就仍有必要，这也是保证涉密信息系统安全性的有效方法之一。总之，不断提高技术手段，是防范网络泄密的重要途径之一。

### 2. 加强网络泄密法律监管制度的完善

为了应对新形势下国家秘密的泄露问题，我国已经出台了一些综合性、专门性的法律法规，其中既有刑法规范，也有行政法规，这些法律规范基本上构成了互联网条件下国家秘密保护的 legal 体系。对于网络泄密的法律规制，最主要的还是刑事和行政法律规范，下面就对它们进行详细的阐释。

#### （1）网络泄密的刑事处罚

网络泄密的刑事处罚方面，《刑法》规定有四项罪名：非法获取国家秘密罪；非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪；故意或过失泄露国家秘密罪；为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。

刑法第二百八十二条规定了非法获取国家秘密罪和非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪。第一款规定，“以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”第二款内容是，“非法持有属于国家绝密、机密的文

件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”刑法第三百九十八条规定：“故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。非国家机关工作人员犯前款罪的，依照前款的规定酌情处罚。”该条关于“泄露国家秘密罪”的主体，一般是指国家工作人员或非国家工作人员。其中并不包括他人以盗窃、侦察、破译等方式获取秘密造成的泄密。主观方面，故意或过失都有可能构成“泄露国家秘密罪”。“例如，有的是为了追求某种犯罪目的或炫耀而故意泄露自己知道的秘密。有的是由于玩忽职守或违反保密纪律、乱放秘密文件，甚至带到家中或公共场所导致被盗、遗失而造成泄密等。过失泄密的行为人在主观上虽然应当预见，但并没有预见到，也不是他所希望发生的。”这里需要注意的是，刑法上泄露国家秘密，应当是“情节严重的”，才构成犯罪。所谓“情节严重”，“一般是从客观行为方面加以确认，例如泄密的方法、手段、时间、地点和秘密内容、密级以及危害后果等事实情节是否严重；或者从行为人的主观方面进行认定，如是故意还是过失泄密的，泄密的动机、目的是否恶劣等。”显然，受到刑事处罚的泄露国家秘密行为，都应当在法律上满足“情节严重”的相关要求，对于达不到犯罪标准的违法行为，可以通过行政法规作出处理。不过，也有学者主张，在刑法第二百八十二条增设第三、四款，单独规定“非国家机关工作人员故意泄露国家秘密罪”和“非国家机关工作人员过失泄露国家秘密罪”。这样刑法第三百九十八条中泄露国家秘密罪的主体就只包括国家机关工作人员。除此之外，根据《刑法》第一百一十一条的规定，为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的，也可能构成犯罪。2001年1月22日施行的《最高人民法院关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体适用法律若干问题的解释》第六条规定：“通过互联网将国家秘密或情报非法发送给境外的机构、组织、个人的，依照刑法第一百一十一条的规定定罪处罚；将国家秘密通过互联网予以发布，情节严重的依照刑法第三百九十八条的规定定罪处罚。”

互联网环境下对于泄露国家秘密构成犯罪行为的处理，绝大多数仍然可以适用原有的相关规定。对于网络媒体从业者泄露国家机密的，就可以根据刑法第三百九十八条的相关规定，如果构成过失或故意泄露国家秘密罪，就要追究刑事责任。不过，互联网环境下对于泄露国家秘密罪的司法认定，也会遇到一些新的问题。比如，网络上泄露国家秘密的危害后果如何量化，这对于是否要承担刑事责任也会有所影响。但是，目前无论是保密法还是刑法都缺乏相关的具体规定，造成司法实践缺少可操作性的依据，进而影响法律规制的合理性。“这也说明了在互

靳婷.网络时代公民知情权的保护与侵犯国家秘密罪的惩治——以维基解密事件为例.中国检察官,2010(24).

靳婷.网络时代公民知情权的保护与侵犯国家秘密罪的惩治——以维基解密事件为例.中国检察官,2010(24).

李希慧,董文辉.论泄露国家秘密犯罪的立法完善.中国刑事法杂志,2011(6):80—84.



联网时代，网上泄密案件危害后果的证据该如何采集，网络发布涉密信息的点击量、转载次数等数据应如何获取与认定，其经由网络被获知的范围与影响大小，以及与危害后果的关联如何等，都是需要在泄密危害评估的研究中寻求突破、加以解决的重要课题。”

#### （2）网络泄密的行政责任

刑法主要针对的是泄露国家秘密行为中具有严重法益危害性的行为，这体现的是刑法作为最严厉、最后制裁手段的特征，而大多数泄露国家秘密的行为则是需要通过行政法规加以处理。网络泄密行政制裁中最重要的是《中华人民共和国保守国家秘密法》。新修订的保密法大幅度完善了违反保密法承担行政责任的相关规定。法律责任方面，1988年公布的保守保密法第三十一条的规定是：“违反本法规定，泄露国家秘密，不够刑事处罚的，可以酌情给予行政处分。”而在2010年新修订的《保守国家秘密法》第四十八条规定，“违反本法规定，有下列行为之一的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”该条详细列举了12种违法情形。所以说，该条完善了对网络泄密做出行政处分的法律依据，加强了互联网环境下对网络泄密行为的行政监管。而且，该条将泄密行为由“结果犯”改为“行为犯”，规定不论是否产生泄密实际危害后果，只要发生列举的12种严重违规行为之一，都将依法追究责任，确立了对引起国家秘密泄露危险行为追究法律责任的基本制度。显然，修订后的保密法加大了对于泄密行为的监管力度，也凸显了防范网络泄密法律体系中行政法规的重要地位。

除了保密行政管理机构，其他一些行政机关发布的行政法规中也包含与处理网络泄密行为相关的规范。比如，公安部出台的《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》第十三条规定，“从事国际联网业务的单位和个人，应当遵守国家有关法律、行政法规，严格执行安全保密制度，不得利用国际联网从事危害国家安全、泄露国家秘密等违法犯罪活动，不得制作、查阅、复制和传播妨碍社会治安的信息和淫秽色情等信息。”《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第四条也明确规定：“任何单位和个人不得利用国际联网危害国家安全、泄露国家秘密，不得侵犯国家的、社会的、集体的利益和公民的合法权益，不得从事违法犯罪活动。”再比如，新闻行政管理机构发布的防范新闻媒体泄密的相关规定。2001年国家新闻出版广电总局发布的《出版管理条例》第二十五条规定，任何出版物不得含有“泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的”内容，否则，就有可

刘进，张爽：从一起故意泄密案说起——浅析当前泄密案件查处中的几个问题，保密工作，2014（8）。

其中就详细列举了12种违法情形，比如，“……（七）在互联网及其他公共信息网络或者未采取保密措施的有线和无线通信中传递国家秘密的；（八）将涉密计算机、涉密存储设备接入互联网及其他公共信息网络的；（九）在未采取防护措施的情况下，在涉密信息系统与互联网及其他公共信息网络之间进行信息交换的……”。

皮勇，王启欣：论信息化环境中核心国家秘密泄露危险的刑法规制，江汉论坛，2015（12）。

能受到相应的行政处罚。该条例第六十二条就规定,“尚不够刑事处罚的,由出版行政部门责令限期停业整顿,没收出版物、违法所得,违法经营额1万元以上的,并处违法经营额5倍以上10倍以下的罚款;违法经营额不足1万元的,并处1万元以上5万元以下的罚款;情节严重的,由原发证机关吊销许可证。”新闻媒体在网络上泄露国家秘密的,仍然可以适用已有的行政法规,不仅相关单位可能会受到行政处罚,相关的人员也可能被行政处分。“……对造成泄密的单位,根据情节轻重,由省级以上新闻出版管理部门给予警告,没收违禁物品、罚款、没收非法收入、通报批评、停业整顿直至吊销营业执照等行政处罚。对有关责任人,由出版单位和出版单位主管部门严肃处理,予以必要的行政处分。”由此可见,网络环境下泄露国家秘密的行为,可由不同的行政机关依法进行查处。不过,保密行政执法主体的多元化也可能会引发对于保密行政管理机构职能定位问题的思考。对此有学者主张,保密行政机关的职能应从执行机关转向监管协调机构,在战略层面承担宏观问题的决策与监督职能应是未来保密行政职能调整的大方向。“要解决全局性的观念、体制与认识问题,需要首先从顶层打通传统决策体制的部门划分边界,发挥我们政治制度的优势,实现不同决策机制的有机整合,对于重大问题作出权威、迅速的回答。”

近年来,为了增强网络泄密规制法律规范之间的衔接,加强刑事、行政法律对泄密行为的惩处,国家不断通过立法手段使法网日趋严密。有人指出,“如果说2010年10月1日实施的《中华人民共和国保守国家秘密法》与原保密法存在着明显的不同点,那么最大的不同点就是“违法必究”与“泄密必究”的本质区别。按照新保密法第三条和第四十八条的规定:“任何危害国家秘密安全的行为,都必须受到法律追究。”“违反本法规定,有下列行为之一的,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任……”。显然,修订后的保密法进一步强化了其对于刑事处罚的“补位”功能,进一步拓宽了行政处罚泄密行为的法律空间。此外,2016年12月,最高人民检察院、国家保密局日前联合出台《人民检察院、保密行政管理部门查办泄密案件若干问题的规定》,该规定通过进一步明确处理泄密案件中行政权力与司法权力各自的分工,从而加强了对于泄密案件的查处。该文件明确提到,泄密案件包括泄密违法案件和泄密犯罪案件,前者是指机关、单位或者有关人员的行为违反保密法律法规规章,致使国家秘密已经泄露或者可能泄露,但尚不构成犯罪的案件;后者是指根据刑法和有关司法解释的规定,构成故意泄露国家秘密罪或者过失泄露国家秘密罪,依法应当追究刑事责任的案件。“泄密违法案件由发生案件的机关、单位或者相关责任人员所在地的保密行政管理部门组织查

黄珊:《网络传播法规与道德教程》,上海:复旦大学出版社,2006。

周汉华:《保守国家秘密法修改述评》,法学家,2010(3)。

钱涛:“违法必究”与“泄密必究”的本质区别,保密科学技术,2011(12)。

处。有关法律法规规章对泄密违法案件管辖另有规定的从其规定。”总之，通过加强泄密惩处刑事、行政法律法规之间的衔接，由此也进一步堵住了网络环境中查处泄密行为的法律漏洞。

### 3. 增强和提升公众的网络安全意识、保密观念

立法的调控是为了在国家的安全、利益与公众知情权之间寻找到一种合适的相处模式。由于网络泄密的复杂性，仅仅依靠法律手段的调控是无法实现这个目标的，而网民、网络服务从业者包括网络媒体从业者等社会公众的道德观念、道德自律对于减少价值冲突，做好利益协调是十分重要的。

首先，网络媒体从业者在网络空间中的特殊角色，强化其职业道德建设对于提高对国家秘密的保护、更好地满足公众知情权尤为重要。特别是媒体从业者不仅需要了解保密相关的法律法规，遵守法律，同时，还需要有更强的政治意识和大局观念。“记者在得到一些重要的信息后首先要自审，确定自己将要报道的信息是否存在泄密的可能，尤其是涉及政治、经济、科技、军事等方面的内容，所有敏感的事实都要严加确认，不能麻木，因为任何小的损失都可能给国家造成严重的损害。同时，新闻从业者应坚持重大新闻送审制度，在一些自己把握不了的重大事件和敏感词汇上，一定要坚持送审，得到有关部门的签字确认后才能发表，这是对社会负责，更是对自己负责。”在网络新环境中，国家秘密保护的形势也更加严峻，传播手段，效率的提高带来网络泄密事件频发。而且，网络间谍等别用有心之人从未放弃利用网络开展违法犯罪活动。因此，在这个复杂局面当中，网络媒体从业者需要有高度的觉悟和清醒的认识。“新闻记者是沟通新闻保密与信息公开的重要渠道，所以记者必须通过不断的善与恶的对比，正与邪的认识，公与私的斗争，理性与欲望的较量，来提高自己的道德认识，坚定自己的道德信念，培养自己的道德情感，用自己过硬的道德素质为国家为人民贡献出自己的一份心力。”

其次，也要重视加强公众的网络安全教育，提升公众防范网络泄密的意识。“全民保密”是我国保密制度的一个重要特点。《保密法》规定：“一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业单位和公民都有保守国家秘密的义务。任何危害国家秘密安全的行为，都必须受到法律追究。”在网络时代，应当调动起普通网民保守国家秘密的积极性，筑起严防泄密的“网络长城”。由于制度调整泄密行为也有其局限性，因此，就需要不断加强针对普通网民的网络安全教育，提高其保密意识。当前，网络普及的同时也带来了网络泄密事件的频发，这需要引起我们的高度重视。比如，有一些“军事发烧友”在关注和追捧我国军事领域新成果的同时，有人甚至到军事基地、军工厂附近等敏感区域寻找能够引起社会关注

---

杨伟龙：论新闻职业道德在协调新闻保密与信息公开中的作用，媒体时代，2011（9）。

杨伟龙：论新闻职业道德在协调新闻保密与信息公开中的作用，媒体时代，2011（9）。

的信息点，搜集新装备的研制和试验情况，并且将其在网上公开。这些信息确实能引起网友的兴奋，但很可能就会造成不良的国际影响，特别是在不恰当的时机披露了不当的信息，就会连带产生一些负面作用。“前不久，某西方大国国防部要员来访，这原本是化解矛盾达成谅解的好时机，但由于我们有些‘军事发烧友’将我国某新型飞机的信息在网络上公布，西方舆论就故意曲解，认定中国在向该国示威，由此带来的被动在未来较长时间里甚至无法化解。类似的事例还有很多。”再比如，网上曾经还出现过一张标注有准确地理位置和精确坐标信息的某武器仓库卫星图片，这张图片详细介绍该仓库洞库位置和储备的武器弹药种类。山西省晋城军分区有关人员发现后第一时间将该帖删除，并协调地方有关部门进行追查，结果发现这是一位军事迷的炫耀军事知识之举。如果今后对网民的保密意识、网络安全教育不能有效跟进，类似的网络泄密现象就不可能从根本上得到遏制。在现实中，除了少数在网络上泄露国家秘密的行为需要通过法律加以处理，绝大多数还是那些尚未达到法律查处标准的泄密行为，但实际上，这类行为却已经对国家安全和利益造成了损害，对其危害也不容小觑。因此，要从根本上遏制网民的泄密行为，就需要增强每个网民保守国家秘密的责任意识，培养起全民保守国家秘密的观念。

### 三、网络舆论监管中的问题——以案件传播中的律师微博为对象<sup>②</sup>

随着互联网的快速发展，党和政府对于加强与完善网络信息管理，提高应对虚拟社会的管理水平，健全网上舆论引导机制也更加重视。本文主要围绕网络舆论中的一类特殊主体——律师的微博言论如何管理这个中心问题探寻网络舆论的管理之道，从案件传播中律师微博的内容、影响、存有争议的问题以及律师微博的意义等方面进行分析，在此基础上提出从主体角度管理网络舆论的对策。

#### （一）律师微博的内容特征及影响

微博作为律师进行案件信息传播的重要平台，律师如何利用微博进行案件传播，即案件中律师微博都有哪些内容？为此，笔者选择了国内律师微博受众数量较大的新浪微博平台，通过对典型个案中的微博内容进行分析以此揭示律师微博中的一些特征。本文选取了张显、杨照东、北海案几位律师的微博，在这三个案例中，律师微博对于案件的传播都扮演了重要的角色，从而使案件通过律师微博

---

公方彬：虚拟世界确有设置边界的必要，<http://theory.people.com.cn/n/2013/0903/c148980-22790392.html>，人民网，2013年9月3日。

这一节的主要内容已发表于《重庆大学学报（社科版）》，2015年第2期。

产生了一定的社会影响：药家鑫案中受害方代理人张显的微博引起社会上的各种争议；吴英案中律师杨照东的微博以及大量公众人物的讨论推动案件的发展；北海案中的律师微博让案件走向前台进入公众视野，成为公众了解案情的窗口。对司法机关的监督微博推动了对于律师权益及被告人权利的维护。笔者在上述律师的微博搜索栏中各自输入相对应的代理案件的关键词之后，对搜索结果进行了文本分析，分析发现，其主要涉及以下内容。

1. 提出有关事实（证据）或表达案件中的法律观点，从而对司法审判过程进行监督

律师的职责是为其当事人进行辩护，保障其合法权益。办案是律师工作的中心，而对于办案过程中涉及的事实、法律问题发表自己的意见也就成了其微博中最为重要的内容，案件过程中接触到的各类信息成为了其微博内容的主要来源。张显在药家鑫案中的表现受到了很多媒体和公众的批评，不过，从其微博来看，其中大部分内容还是对于药案发生后对于司法机关侦查行为等程序问题（如是否调查了重要的证人，药家鑫是否是自首）以及司法中事实、法律认定方面的监督。

总之，此类律师微博大多数从现有的司法机关认定的事实、证据、法律出发，对其在证据收集、认定过程中存在的问题表达自己的意见，以此实现自己的辩护权，从而维护当事人的合法权益。

2. 对当事人的同情及情感支持，由此动员舆论关注案件

作为案件当事人利益的代言人，律师也会从情感上表达出对于自己的当事人的理解和同情，这一点在张显案中能够看到，而且就在吴英案等其他案例中也都是存在的。另外，很多律师微博中都会提到其他媒体是如何关注此案的，而且律师一般也会主动接受媒体采访或者支持自己的被代理人通过媒体的报道来引发舆论对于案件的关注，借助舆论的力量推动司法重视民意。

由此可见，通过微博表达对于当事人的同情和支持，由微博发动舆论对于案件的关注从而期望影响公正的审判这是律师微博中的一项重要内容。律师通过微博影响舆论是其维护被代理人利益的需要，也是其职业精神的体现。律师微博引发社会舆论对案件本身的关注，可以监督司法机关依法行使权力，提升审判的透明度从而可以推动审判程序和结果的公正。

3. 对司法机关以外对方当事人、媒体及其他不同言论的反驳与指责

律师微博中的第三类内容虽然在所研究的案例中不占主流，但是，由于被告方与受害方之间存在着激烈的利益冲突，这种对立很有可能演变成为微博上的隔空“对骂”，因此，这也成为律师微博中的一部分内容。读完了张显的微博，感觉张显微博中除了涉及司法问题的探讨，他对于其他各方发表的与自己不同的言论也都是处处反击，这也再一次说明了网络言论空间的复杂性与不完善。

行文至此可以从主体关系的角度对律师微博的影响做几点总结。

(1) 当事人之间(针对另一方)如果以自己的调查取代司法机关的司法调查,或者从对司法机关的监督转向对于当事人的直接监督,而且一旦观点是建立在不可靠或者毫无根据的事实之上,就较易引发侵权的后果。

(2) 律师对司法机关进行监督,督促司法机关公正司法,如北海案、小河案,其意义是积极、正面的。微博的作用机理是网状的关系传播,由此可能引发社会公众的参与,吴英案中大量社会精英对案件发表了看法,律师以外的社会精英(公众)对于案件关注给司法机关带来压力,从而可以促使法官遵从法律、良知谨慎裁判,减少枉法裁判。此外,还需要注意的是,一些律师通过微博来吸引公众眼球,披露一些与案件关联不大却能博得点击率的信息,而这类信息的发布极有可能对司法公正造成不利的影响。“比如,将与被羁押人聊天内容进行公布,将案件对方当事人信息擅自公布,披露被羁押人的人生态度、看法等,大案要案案中较常见。”总之,在社会化媒体时代律师通过微博传播案件信息已经越来越成为一种普遍的现象,律师微博中的各种言论构成了网络舆论的一个重要部分。

## (二) 律师微博管理规范中的争议性问题

随着微博与司法审判过程的关系愈发紧密,在实现律师微博如何健康、有序发展的问题上还是存有一些争议的。律师微博的言论应当遵循何种限度?庭审中禁止律师发微博的道理何在?这些问题随着律师微博发展得越来越快,值得深入讨论。

### 1. 关于律师言论内容限制的分歧

网络技术的日新月异,随着大数据、社会化媒体、无线化潮流的接踵而至,网络爆发出前所未有的优势,也使媒体对于社会的影响发生了很大的变化。在网络时代,社会化媒体将传播的权利重新交回到每个个体手中,人际传播这种最为原始、理想的传播形式逐步回归。技术进步推动个体权利的解放,当每一个个体重新获得对于信息的传播权利之后,原先围绕司法活动固有的权利关系就有可能发生改变。但是,司法机关对于媒体监督一直也没有找到很好的应对办法,而在社会化媒体环境中,如何规范二者关系就显得愈发紧迫。而且,随着律师的传播行为对司法的影响越来越突出,很多人对应当如何界定律师言论范围的问题进行了思考。高一飞等认为律师媒体宣传的不利影响体现在:不利于维护当事人权利以及影响司法的公正和权威。他们认为我国当前对于律师宣传的,对于认定时损

---

熊美琦.“公众事件中律师定位与形象传播”研讨会[EB/OL].[2013-08-19].<http://www.king-capital.com/templates/news/index.aspx?nodeid=23&page=ContentPage&contentid=2511>。

2009 年出台的规定,甫一推出即引发各方争论,无疾而终。有些人将其看做一种内部规定,并不会产生实质性的效果。但是,另一些人则认为这是司法系统内部有普遍约束力的。对于文本解读的巨大差异,也使其实质的效果大打折扣。参见曾令健.法院如何面对传媒:一个文本的分析[J].前沿,2010(15):70—73。

害司法公正的言论规定过于模糊，操作性不强。此外，各地律协对于律师宣传的要求也各不相同。因此，高一飞等提出设定律师言论的界限时应当遵循以下原则。

1) 安全港原则，即规定了律师可以申明的三类内容——当事人身份信息和处境情况的信息；已经发生和将要发生程序的信息；包含在已经公开的公共记录里的信息。

2) 回应权规则，“对于媒体已经出现的对其代理或者辩护的人存在明显片面或者不利宣传，律师有权通过媒体进行回应或者解释（包括警方、检方向媒体公布的信息）

3) 真实性规则，“律师不得对包括媒体在内的第三者提供伪造的事实和法律的声明。”除了这种建议之外，在第二种方案当中，有律师提到，律师在媒体上发布信息时需要注意：

不能泄露秘密，包括国家秘密、司法机关的秘密、商业秘密、当事人的隐私等。

正面、准确、专业地向媒体介绍情况，比如案件进展的阶段，对当事人采取的刑事措施、指控的罪名，等等。

不能向媒体提供案卷材料。

不能对案件、司法机关、当事人等向媒体发表推测性的，没有事实和法律依据的意见。

不能利用媒体办案。结合前面案例中律师微博内容的现实情况来看，在律师微博应当遵循的原则中安全港原则是值得商榷的。从当前中国司法的实际状况出发，如果直接借鉴美国的做法会有一定的超前，有可能无法很好地保护律师的媒体言论。律师微博中很多的内容是事实（证据）、法律认定方面的内容，这部分内容占据了相当的数量，它们往往是表达与司法机关不同的意见，而这类内容不能被安全港原则中提到的三类应当允许的内容所涵盖。但是，这些对司法机关工作漏洞进行监督的信息在当前对于实现司法公正的意义上又是十分重要的。缺乏了司法公正，司法权威就是毫无意义的，所以说，第二种方案中提到对于律师言论的限制更妥当，更有操作性。其中的第4条中对于律师发言要“有的放矢”——即在已有的法律、事实的基础上表达观点，这个原则认可了当前律师微博中大多数内容的合理性。第5条中不能利用媒体办案，此条如果将其限定在“《律师法》第四十条第七款规定，律师不得‘煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危

---

2004年3月30日颁布的《律师执业行为规范（试行）》在第六章第四节规定了“谨慎司法评论”的内容是唯一一处针对律师媒体行为做出的规定。参见高一飞，潘基俊：论律师媒体宣传的规则，政法学刊[J]，2010（4）：5—13。

2004年3月30日颁布的《律师执业行为规范（试行）》在第六章第四节规定了“谨慎司法评论”的内容是唯一一处针对律师媒体行为做出的规定。参见高一飞，潘基俊：论律师媒体宣传的规则，政法学刊[J]，2010（4）：5—13。

李贵方：律师与媒体[EB/OL]，[2013-06-05]，<http://www.chinaxwjd.cn/html/xsyd/2013-02/825.html>。

害公共安全等非法手段解决争议”的范围之内也是有其合理性的,这一点应当成为限制律师言论的基本要求,这与对新闻记者的新闻报道要求也是一致的。当前很多的律师微博中都会试图通过舆论来追求司法公正的实现,显然这不能算是“扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段”,与此标准也相距甚远,所以,这样的规定对于律师微博言论能给予更好的保护。

最后,对是否可以对公众提供案卷材料的问题,我们认为,一般情况下应当公开,以不公开为例外(包括涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的以及一些敏感性案件)。非涉及秘密的案件,起诉书、判决书、辩护意见等属于公开性文件,开庭后律师都可以通过微博发布出来。

## 2. 围绕律师庭审发微博现象的争论

除了案件微博内容方面的争议外,还有对微博发布时机是否应当限制,即对于庭审中律师是否可以现场发微博就产生了各种不同的意见。最突出的表现在围绕最高人民法院关于刑事诉讼法的司法解释中关于禁止律师庭上发微博的相关规定的争论。自2013年1月1日起施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第二百四十九条中提到,不得对庭审活动进行录音、录像、摄影,或者通过发送邮件、博客、微博客等方式传播庭审情况,但经人民法院许可的新闻记者除外。这可以说是司法机关对于律师庭审发微博的一个基本态度。

2010年12月16日,伦敦威斯敏斯特地方法院举行听证会,决定是否允许阿桑奇保释。《泰晤士报》记者亚历克斯向法官霍华德提出,希望在法庭上使用推特进行实时报道,而此项申请也获得了许可,这也成为英国法庭第一次由记者通过社会化媒体进行案件的直播。在美国,法官也开始尝试同意记者使用社会化媒体直播庭审,但此问题目前仍旧处于探讨当中。2010年1月,美国加州的联邦法院开审同性恋婚姻合法案,本来联邦法官沃克决定通过视频网站YouTube在美国其他州的法院中转播庭审过程,但是最终被最高法院否定了。

事实上,国内围绕庭审中律师发微博问题的争论还是十分激烈的。尽管现在已经在司法解释中做出了规定,但是,其合理性并未得到充分的说明。最高法研究室的相关人士在对为何要禁止律师使用微博等方式在庭审中传播案件信息进行解释时,这样认为,“主要是考虑到在实践中,如果是利用电脑、手机等‘直播’庭审情况,往往试图引发舆论关注、炒作,制造‘舆论压力’,这不利于人民法院依法独立、公正审判。此外,我们也认为诉讼参与人到法庭来,应该专注庭审。

---

靖江法院就对于一律师庭审时使用手机的行为作出了处罚,此举立即招致颇多的指责,特别是律师群体认为这是对律师权利的侵害。在处罚决定做成后,又很快收回释放了该律师。但是,围绕着法院是否有权及其禁止律师发微博的合理性何在的讨论才刚刚开始。”参见王和岩:靖江法院拘留律师事件,[EB/OL].[2013-04-15].  
<http://magazine.caixin.com/2013-04-12/100513434.html>.

杨昌平.多名律师微博直播庭审 是否违反法律原则惹争议[N].北京晚报,2012-1-31.



如果你不专注庭审,发博客发邮件,有违职业道德,有损当事人的合法权益。”对其中主要的这三点理由下面展开一些分析。

第一,引发舆论压力,影响公正审判。这个理由当中律师发微博报道案件的目的确是想引起更广泛的关注,这也是其为了改变与法庭中其他各方相比弱势地位的一种途径,但据此就是否能得出影响法院独立审判、司法公正的结论来呢?这可以说是在微博出现之前,媒体与司法关系中法院拒绝媒体监督常常依凭的尚方宝剑。在对媒体究竟是否存在“媒体审判”影响了司法公正尚未做出具有说服力的认定结论之前就借此假设来阻止媒体对于案件的报道与评论,从而引发了媒体与司法之间持久的争论。此外,热点案件中律师通过庭外发微博大量的报道该案同样地达到了引发舆论关注的目的,但如果庭外允许,仅仅庭内禁止就一定能够减少媒体、社会对于案件的舆论压力吗?

第二,律师发微博是否就造成一家之言会误导公众,这个理由也难以成立。霍姆斯提出了“思想与观点的自由市场”的理论,“霍姆斯的潜台词是,所谓思想也是一种商品。任何一种商品的品质是否优良,是否适合大众需要,必须投诸市场,在一场优胜劣汰的自由竞争之后,才能辨其良莠。市场提供了一个检测各种商品生存能力的机制、程序和标准。思想的市场也是如此,各种观点自由进入市场,进行自由交流和自由竞争,一段时间之后会有高下优劣之分,具有内在说服力的观点赢得了较多的受众,反之则应者寥寥。”在言论的市场中,担心的不是个别言论会出现偏颇,而是要让不同的声音有机会出现,因为并不存在先天的代表真理的一方,真理是在各种观点的碰撞过程中逐步形成的。律师的声音即使是从自身利益出发的,只要法院也能够更加主动、积极地发布自身的观点,那么,即便律师的观点是偏颇的,也并无大碍。而且,法院如果能够积极应对舆论,反倒会得到社会公众的认可和理解。其实,无论是法官、律师、记者谁发布的案件信息更具有可信度,这个决定权并不掌握在他们手中,最终的裁判权在广大的社会公众手里。最后,律师发微博是否就会降低法庭辩论的效果,甚至说是一种有违职业道德或者是降低其职业形象的行为呢?律师作为当事人利益的代表,应当积极作为保障当事人的权益,但积极与否关键不在于形式而在于实质,具体来说,

---

慕鹤:法官认真审案,律师专心辩护,微博直播庭审交给媒体。[N].南方周末,2012-4-6。

侯健:言论自由及其限度[EB/OL]. [2013-06-02]. [http://www.21ccom.net/articles/sxwh/shsc/article\\_2012103170036.html](http://www.21ccom.net/articles/sxwh/shsc/article_2012103170036.html)。

伊利:微力量下的司法与公众关系。[N]. 人民法院报.2012-02-10。

在全国法院第一期(总第3期)高中级法院副院长轮训班上张军谈到要特别注重程序正义,“更多的案件,是因为程序上欠公正,该做的没有做,那么导致炒作。包括对律师的一些不公正的情况,使极个别的无良律师在法庭上,控告法庭,严重违反庭审秩序,公布出来以后,没人相信法官,谁也不信法院,只相信那些律师的胡说八道。”对此杨金柱律师对其言论提起诉讼,本人认为律师并不是在话语权方面具有天然的优势,即便更容易获得公众的信任也是法院在信息发布及公信力方面存在不足还需要不断改进。参见沈念祖:法院副院长们的压力[N]. 经济观察报,2012-5-19。

就是要在心理上、态度上主动维护当事人的利益。再说,是否不利于维护当事人的权利,该判断权理应归于当事人自己,他可以选择是否需要更换律师。因此,在新的形势下依然遵循将庭审信息的传播权利仅仅授权给媒体的“老办法”,现在就会出现新的问题,或者从主体的角度在法官、检察官、律师、当事人、旁听人员、新闻媒体中间选择性地将发布庭审信息的权利给予某个特定主体以此来应对微博对司法公正可能的不利影响,这种做法的效果难以预料。

### (三) 案件传播中律师发微博及其言论的意义

案件传播过程中越来越多的法院利用微博对部分案件进行直播,增加审判的透明性,传统媒体为了不失去公众的信任也加强了与网络舆论场的互动。可以说,微博、博客对司法传播格局的改变提供了很大的作为空间。在今天的这个时代作为律师群体本身,对于微博、媒体的看法还是相当自觉、积极的。有人认为,虽然律师不负有向公众发布信息的义务,但是,“也要从当事人及社会利益出发考虑问题,做一些对当事人无害对社会有益或者对当事人和社会均有益的事情,比如,澄清一些事实,反驳一些谣言,让公众知道正确的事实真相及程序进展、措施等”。

律师微博不同于司法机关微博的意义在于,弥补了后者在发布信息上的不足或者信息的不对称。如律师微博可以发现司法机关存在的问题,而且律师对于舆论、媒体的态度更宽容,更偏向于与媒体合作促进对司法的监督,并且动员各种资源以展现案件的更多层面的丰富信息。由于微博等社会化媒体加大了对于案件的舆论压力,就有可能督促法官尽可能地追求正义,减少司法的不公。“大量的事实证明,转型时期,律师与媒体实现良性互动,在媒体搭建的舆论监督平台上发出专业的声音,是维护当事人合法权益的有效方式。同时,对促进司法公正也有所裨益。”总之,律师微博的意义是多方面的:不仅促使个案公正的实现,而且引发相应的体制或制度的改革,孙志刚案中收容遣送制度的废除、躲猫猫监狱管理制度的完善,等等。当媒体中出现“有罪推定”,发表了当事人的不利言论时,律师微博可以纠偏,使言论更均衡。司法机关对于事实、程序公布不及时,信息出现缺失时,律师可以满足公众的知情权。在传统媒体时代,公众、媒体对于司法监督最大的问题是司法拒绝媒体监督,司法不公开导致监督缺乏必要的条件和基础。

---

有人认为微博直播庭审由新闻媒体进行具有法律上的正当性,其他主体都不合适。理由是,一方面,新闻媒体是专门从事宣传的主体,无论是在措词还是在内容报道的全面性方面均具有较高水平,能够保障微博直播的正当性;另一方面,《法庭规则》明确规定录音、录像由新闻媒体进行。参见王永杰.论微博直播庭审的利弊权衡[J].南都学坛,2013(4):72—74.

王思鲁.以个案实现公正:律师与媒体良性互动[EB/OL].[2010-11-20].[http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581\\_1.html](http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581_1.html).

王思鲁.以个案实现公正:律师与媒体良性互动[EB/OL].[2010-11-20].[http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581\\_1.html](http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581_1.html).

作为公众代表的媒体是信息发布、沟通司法场域内外信息的唯一主体，但是，由于传统媒体数量有限，而且这些媒体对于司法本身的态度相对谨慎，或者政治上存在顾虑，因此，对于司法活动的监督或者形同虚设，或者也就是偶尔为之。而当在理论上庭审参与中的每个人都有发布信息权利，特别是律师群体，他们与司法机关的利益并无太多的牵连，他在信息发布中可以更少顾虑。此时，通过媒介形成的拟态空间里的公众就能够在掌握信息的基础上真正实现对司法的监督。所以说，社会化媒体时代的到来使媒体的司法监督进入了“深水区”，对司法的监督将更加常态化，也会更加有效。社会化媒体时代对于司法的深远影响还表现在它会加速司法的公开、透明。在技术的“外压”之下，之前的半遮半掩的司法活动现在就很可能走向透明（少数特殊案件除外）。这对于司法运作而言如何适应在阳光下运送司法的正义，这是司法自身所必须进行思考的课题。媒介化社会中每一次案件走向前台之后，在各类媒体的围观当中，这个过程使公民的权利意识也逐步觉醒，对于司法机关履行职责、回应质疑的愿望和要求也更加强烈。在此背景下，司法机关以及其他部门对于律师微博在内不同主体的网络内容的管理就需要有新的思路。

#### （四）律师微博的监管思路

针对社会化媒体的发展，对于案件舆论的管理，特别是对于律师发微博及其案件言论的管理，应当注意和思考以下三个方面的问题。

##### 1. 对于律师的网络言论要坚持法治化管理的原则

构建良好的司法舆论环境，需要建立起针对律师微博言论的制度化保障机制，在法律上要对律师言论的边界做出明确规定，细化对于律师言论司法处置的详细标准。律师微博言论内容的法律监管可以借鉴“明显而即刻的危险”的原则来处理。1919年美国出现了有名的“抵制征兵第一案”之后，霍姆斯法官为最高法院首次确定了“明显和即刻的危险”的司法原则。他在解释高等法院作出这个判决的理由时指出：“在通常时期的许多场合，被告具有宪法权利去谈论在其传单中所谈论的全部内容。但每一项行为的特征，取决于它在被作出时的情形。……每一个案件中，问题都是，在这类环境中所使用的那些言论和具有这种本性的言论是否造成了一种明显和即刻的危险，以致这些语言会产生国家立法机关有权禁止的那些实质性罪恶。它是一个准确性和程度的问题。”将这个原则运用到司法案件中即该言论需要对正在审理案件的司法公正构成了明显和即刻的危险，此时司法

---

目前，我国法律对于律师的言论并没有严格的明文规定，高一飞提到，在下次律师法的修改中要有一条专门调整律师和媒体的关系，在律师职业道德规范中要有专章规定律师与媒体的关系。参见鞠婧，杨宝璐，陈乐意。舆论战背后的律师言论边界“你们的岗位在法庭！”[N].南方周末，2013-8-29。

吴飞。关于“明显和即刻的危险”规则的评述[J].新闻大学，2002（1）：33—37。

从危害司法公正的角度对于律师微博的言论再做出法律上的限制就是适当的。2004年3月30日颁布的《律师执业行为规范(试行)》第一百六十二条规定,“律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论”。第一百六十三条提到,“在诉讼或仲裁案件终审前,承办律师不得通过传媒或在公开场合发布任何可能被合理地认为损害司法公正的言论”。这两个规定从保障司法公正、司法权威的角度对于律师微博言论进行制约是很有必要的。不过,什么是损害司法公正的言论,这是需要加以明确的。出于公正审判的考虑,一些人认为在对证人、鉴定人等进行法庭询问之前,如果他们事先就接触到庭审中的信息,包括通过律师微博传播出来的庭审信息就可能影响其将要提供“证词”的可信度,这就会对司法公正造成威胁,这是有一定道理的。不过,解决这个问题除了禁止律师庭审发微博,是否还可以选择其他方式,比如要求证人等需要单独接受法庭询问的人员可以签订不接触网络及相关设备的承诺书。此外,对于律师发微博可能侵害到的其他主体的权益也要用法律来做出明确的规定。《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中第二百一十条规定,决定对出庭作证的证人、鉴定人、被害人采取不公开个人信息的保护措施。律师微博发布庭审信息存在侵犯诉讼参与人隐私权的可能,他们的个人信息是应当受到保护的,否则会影响到证人等诉讼参与人出庭的积极性。而且,出于对特殊群体利益和信息安全的保护,涉及国家机密、个人隐私、未成年人犯罪的案件审理都不能公开,而这也就是律师微博所应当恪守的言论边界。因此,当前对于网络言论的监管,主张从主体角度将案件言论权仅仅赋予某一个或者几个群体,这违背了宪法的平等原则,并不符合法治化的要求。司法与媒体之间一直在“磨合”的过程中寻找彼此的边界,针对律师微博一开始就视其为“洪水猛兽”可能并不一定能够真正实现保障司法公正的目的。这就特别需要强调法治化的原则和精神,即在缺乏法律规定时,网络言论后果再严重也不能够对其通过司法途径来处理。同时,也要加强法制建设,提前为管理网络言论创造立法条件。

## 2. 以整体性的思路来看待律师微博言论的管理问题

加强律师行业的自律,从道德规范的角度引导律师微博的健康发展非常重要,因此,需要进一步完善律师执业的规范条例约束律师微博中的涉案言论。如今律师微博在案件中的角色越来越引起人们的注意,而律师微博健康、持续地发展也需要律师群体自觉约束不当言论,不断提升自己的言论质量。十分遗憾的是在药家鑫案中律师微博并未对一些有价值的话题进行讨论或者进行深入的对话,比如免死中的“本土资源”(各项理由如大学生、独生子)等,而只是将讨论的焦点引导到了药家鑫是否值得同情等表面性的问题之上,这也直接引起了对此问题上公众情绪化的对抗。此外,在案件传播中,单纯地通过微博博取眼球,将微博作为律师追名图利的工具等,这些行为都需要在道德上加以引导。对于网络言论的管

理需要一种整体性的构思,采取多种途径综合治理才能提升包括律师微博在内的网络言论的质量。比如可以采取技术的手段,包括施行实名制,提高用户的认证门槛,公布处罚体系(如封账号),还可以对相关言论启动屏蔽措施等来加强管理。总之,要建立多元丰富、梯度化的治理和惩罚措施以适应网络的复杂性。

3. 在律师微博言论管理的过程中司法机关要积极主动,做到善用新媒体

新媒体时代,司法机关应当积极、主动,争取在舆论场中表达自己的声音和立场,从惧怕舆论限制媒体转向公开透明、阳光司法。

首先,司法机关应加强新闻发言人制度的建设,通过司法信息公开降低干扰司法相关信息出现的概率。

其次,特别是要重视舆论的引导,将“善用媒体”作为解决律师微博所引发问题的治本之策。“善用善管媒体”是我们党长期以来在媒体执政过程中以及面对媒体发展问题上形成的重要认识和经验。司法机关在处理案件舆论时,对于网络言论也应当先考虑如何“善用”媒体,以加强自身网络舆论引导力为主,将“善管媒体”仅仅作为补充,由此,才能够在管理律师微博在内的其他主体的案件言论中真正取得实效。

最后,在案件舆论的引导中,要重视发挥意见领袖的作用。在网络舆论中,各类意见领袖包括媒体、专家以及网民具有很大的影响力,因此,律师微博言论的管理应当积极发挥其他主体的作用。而前面的研究也已经表明,律师微博对于司法案件舆论的良性发展能够产生积极的引导效果,司法机关应重视并设法让这一类群体在司法舆论中发挥更大的作用。

## 四、网络环境下的媒体与司法关系新解——基于公共利益视角的思考

媒体与司法的关系在具有一致性的同时,二者也时常出现冲突,而围绕“媒介审判”的讨论就是这种冲突的最鲜明体现。对于“媒介审判”问题,学者中间已经出现了各种不同的立场。其中就涉及行为论、划界论、传媒司法介入说(接近于公共利益说),等等。“媒介审判”概念的含义是在案件尚未做出终审判决之前媒体就对案件做倾向性的报道,或者是对于案件当事人进行有罪推定。支持“媒介审判”的观点是看到了“媒介审判”现象的危害,而否认“媒介审判”的观点,不仅不同意这种针对媒体的指责,相反,还主张在少数司法不公的案件中,媒介

---

2010 年在全国宣传部长会议上时任中共中央政治局常委李长春强调,要适应时代发展要求,努力提高与媒体打交道的能力,切实做到善待媒体、善用媒体、善管媒体。参见武少民.从李长春的“善待、善用、善管媒体”说开去.[EB/OL].[2010-01-09].<http://media.people.com.cn/GB/40606/10736010.html>.

审判既是无奈之举，甚至在恢复司法正义中能够发挥重要的作用。这种“媒介介入司法”的观点，还包括赞成那些极端地“引发领导、舆论影响司法”的传媒监督行为，而这是导致双方意见分歧的根源所在。显然，上述从媒体监督司法角度的研究路径就加剧了双方立场的对立，使传媒与司法关系在“媒体监督”视野下走入了困境，这也就必然阻碍对二者关系新的理论认识的发展。媒体监督司法所涉及的并非司法公正这一种价值，很多人认为媒体代表的民意，不仅可以增强司法的民主性，甚至“民意”在少数疑难案件中反倒是会成为司法救济不足的补充——司法可以从民意中汲取“有价值”的成分进而实现社会的公平正义。而这里的“民意”实质上就是一种公共利益。如果是这样，那么，背后的问题是互联网时代司法究竟能否给公共利益留出更大的空间？而这些问题上的争论至今也没有取得共识。那么，传媒为了公共利益是否可以影响司法？或者说，媒体所代表的公共利益如何在司法运作中被体现出来？

传媒与司法的关系，从国外的发展历程来看，它一直都是不断变化的，不同的阶段对于二者关系的调解就会出现不同的理念和认识。西方国家当前对于二者关系的调解，已经从过去根据“明显而即刻危险”理论对传媒进行限制，逐步向在处理二者关系中更多地强调对司法人员的限制以及司法机关自身的信息公开转变。

### （一）雷诺兹特权与“为公共利益而负责任的报道”

现代民主社会，对于公权力的监督最为重要的就是保障公众的知情权。知情权在现代社会最重要的保障方式是大众传媒。所以，各国都会通过建立新闻自由、信息自由的制度来保障知情权。西方国家在处理特殊领域的新闻自由与其他利益冲突的过程中确立了偏向于新闻自由的制度。现代社会对于知情权的保障，就需要信息自由，也就特别要保障大众传媒采访、报道的权利。在现实中，信息自由或者媒体的采访、报道权往往会与其他一些利益发生冲突，比如，国家的保密制度、公民的人格权等。而西方国家在处理信息自由与这些利益的冲突时，往往会从是否存在公众利益的角度，进而对公民的言论自由或者媒体的报道做出偏向性的价值选择。与其他利益相比，如果言论表达中的公共价值更高，那么，对其的保障就会越有力。在公法领域，美国对待涉及政府官员、公众人物建立起了沙利文原则或“实际恶意”的言论自由保护制度。在私法领域，各个国家都建立起了基于公共利益的言论表达侵权的抗辩事由。2013年，英国通过在诽谤法中确立雷诺兹特权，对于言论自由的保障力度相较于过去有了很大的提高。雷诺兹特权确立了传媒基于“公共利益”的抗辩事由。其目的在于推动传媒“就涉及公共利益事项的负责任发表”，以期更好地满足社会公众的利益。该标准受到更多国家的效仿，因为它既保障了传媒在涉及公共利益时的发言权，同时，也强调传媒需要遵循一定的义务，承担必要的社会责任。公共利益的抗辩尽管这个标准稍显宽泛，

但是，英国对此也提出了一些判定的依据。

- (1) 发表的性质及背景。
- (2) 由陈述所传递的对于原告任何诋毁的严重性。
- (3) 陈述主旨事关公共利益的程度。
- (4) 发表陈述之前被告所获知的信息以及被告对于信息可靠性都知道些什么。
- (5) 在被告发表陈述前是否寻求了原告的观点，所发表的内容中是否包括关于原告所表达意见的表述。
- (6) 被告是否采取了任何其他措施来验证陈述的准确性。
- (7) 发表行为的时间选择，以及是否有理由认为出于公共利益的需要，此项陈述应当被紧急发表。
- (8) 陈述的语气（包括陈述是否在怀疑、意见、断言和已证事实之间做出了恰当的区分）。

该原则的目的是试图在新闻媒体所能实现的价值与其他社会价值之间找到一种对社会最为有利的状态。可以说，无论是美国的实际恶意标准，还是英国的公共利益抗辩制度都通过对于新闻自由的倾向性保障来推动公众知情权的落实。雷诺兹案的主审法官李启新就表达了新闻侵权案件中对于言论表达自由的重视。“法庭应当格外重视表达自由的重要性。媒体履行‘警报’和‘监视’的重要功能，对于媒体报道是否涉及公共利益，公众是否有权知晓，特别是当报道涉及政治领域时，应当慎重对待。解决任何疑难应当有利于出版。”雷诺兹特权确立的最大意义在于，它体现了在英国，言论自由保护的发展趋势是其范围在逐步扩大，理论认识正在从出错权转向知情权，这反映了对于言论和信息自由保障力度的加大。出错权体现的就是对于言论保障从事实出发，而知情权则不同，它更强调言论表达本身的意义，而不是着眼于对其效果的评价。

## （二）公共利益抗辩原则适用于司法的路径及其理论证成

上面的论述已经表明知情权与公共利益之间的理论关联，英国“为公共利益而负责任发表”的雷诺兹特权，其背后的理论基础就是知情权。英国雷诺兹特权给我的启示和思考是，通过知情权来促进社会政治制度的运作，这是政治文明的发展方向，而这就更离不开新闻自由和信息自由的流动。知情权理论大大拓展了公民与媒体言论表达的制度空间。知情权分广义和狭义，广义的知情权泛指公民知悉获取信息的自由与权利；狭义的知情权仅指公民知悉、获取官方信息的自由与权利。而公众获取舆论关注司法案件中相关信息的权利，就属于广义的知情权。

---

王伟亮：英国法律关于媒体特权免责的新动向述评，中国广播 2011（9）。

魏永征，白净：从沙利文原则到雷诺兹特权，新闻记者，2007（8）。

邱宁，陆幸福，试论知情权的渊源与价值，湖北省社会主义学院学报，2004（6）。

“知情权的客体包括国家权力运行信息与公共团体信息。”知情权成为新时期英国推动言论自由制度完善的理论起点，这源自于它对知情权独特价值的认识。有学者指出，知情权有对内对外不同的价值。内在价值包括知情权对政府信息公开的价值、制约权力的价值、效益优化价值。而对于社会的价值体现在，促进正义的实现和民主进步的价值及其对人的自由而全面发展的价值三个方面。在知情权的视角下重新思考和建立起促进言论表达与信息流动的制度，这样就能够使相关的制度产生与之前不同的功能。由此出发，再来看待保障知情权而建立的信息公开制度就会有不一样的认识，这就包括对原有信息公开适用范围的拓展以及新的信息公开责任制度的建立，等等。

下面就结合南京彭宇案来讨论当前我国司法领域通过信息公开满足公众知情权的重要性。从中可以看出，公众舆论关注的案件，公共利益是如何具体呈现的，并由此揭示看待媒体与司法关系新的角度。

2006年11月20日早晨，一位老太太在南京市水西门广场一公交站台等83路车。老太指认撞人者是刚下车的彭宇，并告到法院索赔13万多元。一审法官根据双方提交的证据等做出原告胜诉的判决。但是，其在向外界公布的一段话却被媒体广泛报道，引发社会热议。从一审判决看，法官根据“日常生活经验”和“社会情理”分析，彭宇“如果是见义勇为做好事，更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人，而不仅仅是好心相扶”。彭宇“如果是做好事，在原告的家人到达后，其完全可以言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院，然后自行离开”，但彭宇“未作此等选择，显然与情理相悖”。此外，对事发当日彭宇主动为原告付出200多元医药费，一直未要求返还的事实，法官认为，这个钱给付不合情理，应为彭宇撞人的“赔偿款”。前面这些不恰当的分析 and 推论，迅速被一些关注彭宇案的媒体抓住、放大，引起公众的普遍质疑与批评。这些文字容易使人误认为，法官对于“做好事的人”做出了不利的判决，导致了一些人对于法律“不能保护做好事的人”，“助人为乐还要承担法律后果”的误解和社会恐慌。案件上诉到二审时，南京彭宇案双方当事人二审期间达成了和解协议，并且申请撤回上诉，最后案件以和解撤诉结案，且双方当事人对案件处理结果都表示满意。但是，这份不得“告知外人”的和解协议，更是加深了社会公众的误解，在舆论中“好人做不得”等负面认识继续发酵。而直到5年之后南京政法委才出面称，彭宇撞人确有其事。

说到本案的教训，有人这样检讨，“对一些敏感性高、社会影响大、公众关注度高的案件，应重视舆论引导，积极与媒体沟通，确保报道客观公正，防止出现背离事实真相的不当炒作，误导公众。”“‘彭宇案’在审理期间就出现了偏离事实真

邱宁，陆幸福，试论知情权的渊源与价值，湖北省社会主义学院学报，2004（6）。

林爱瑛，知情权的法律价值，太平洋学报，2007（4）。



相的报道和舆情,但办案单位并没有足够重视并对此进行正确引导,对判决之后可能出现的舆情也没有充分的预计,当此案形成舆论热点后,又缺乏积极有效的应对措施,使相关的报道逐步偏离事实真相,最终形成判决结果与公众认知的巨大反差。”另一方面,“汲取此案的一个深刻教训,就是要注重保障热点案件的公众知情权,妥善处置为当事人保密和保障公众知情权的关系,实现案件的法律效果与社会效果相统一。”上述对于彭宇案所做的两点反思应该说是很有价值的,然而,问题是如何建立起相应的制度来预防出现类似情况,并再度造成社会价值的损伤。

该案主要涉及当事人、公众、司法机关三方,他们各自的利益主要是公正审判、信息需求(知情权)以及司法公信力。案件中由于出现证据方面的漏洞(警方将证据丢失),法官担心判决会受到公众的质疑,因此,才想方设法进行“说理”,谁知弄巧成拙反倒惹来麻烦。由于法官对该案处理不当,让社会公众形成了“做好事还要承担法律责任”的误解,进而造成了社会道德滑坡的恶劣影响。此时,公众的知情权,社会的公共利益的问题也就产生了,并且与司法利益形成了某种冲突。但遗憾的是,面对社会的质疑,司法机关不仅没有公开审判,而且通过双方当事人签订保密协议的方式试图化解危机。这就使媒体与公众无法形成对此事的正确认识,让公共利益受到进一步的损害。

该案件引出的是对公众知情权、公共利益与司法信息公开之间关系的思考。长期以来,对于媒体司法关系,主要是集中在媒体监督司法公正这个核心的问题。而公共利益原则作为满足司法知情权的理论依据,其出发点并不是由此增强媒体监督司法的合理性。公共利益虽然有力地推动了媒体和公众的言论自由,但在司法领域,该原则不同于处理言论自由与人格权的关系,对该原则适用于司法应更加谨慎。其理由是,公共利益抗辩事由可能成为影响司法独立的借口,进而可能会危害司法的公正审判。不过,公共利益原则还是可以成为司法机关主动司法公开的理论基础,这也是实现公共利益的另一条重要途径。这样既可以满足公众的知情权,又能实现司法独立的目标。特别是,彭宇案暴露出热点案件中司法机关在信息公开方面存在诸多的问题。这与其对公众司法知情权价值的认识不够及缺乏制度化的保障不无联系。所以说,公共利益原则并不是作为影响司法独立和审判的抗辩事由,而是被看成通过司法信息公开满足司法知情权的理论依据。只不过这两种制度都能够达到提升司法领域“社会利益”的分量、弥补特殊情况下公众利益保障不足的问题。传媒与司法关系中体现的是,言论自由(新闻自由)与司法独立审判之间的冲突,二者都是宪法性权利。当传媒与司法的利益出现冲突时(社会关注的案件中),调解二者关系最好的方法并不是司法独立审判或者公正审判的价值做出让步。当然,也不能够因为要实现司法公正、独立审判而忽视或

---

《南京政法委书记解读彭宇案误读原因》,《京华时报》,2012年1月17日。

不顾及公众知情权。对于公众知情权的满足,除了采取措施扩大媒体的报道之外,司法机关主动地进行信息公开也是一个非常重要的措施。从知情权角度处理二者关系,最好的选择是司法主动公开——一方面满足公众知情权(彭宇案中公共利益就体现在公众的误解、质疑及错误认识),同时司法的独立审判又能在可控范围之内(保障法治原则),这样就促进了对媒体司法关系的认识,并能够在更高的层次上满足知情权和司法公正。那么,公共利益在媒体与司法关系中究竟有何价值?之前,对待传媒司法关系中“媒介介入说”就认为传媒是实现社会正义,由此,强调媒体影响司法的合理性。但是,这就容易与司法独立产生一定的冲突。当面对公众利益时,更应当从公众知情权角度,通过加强司法机关的信息公开和传播义务,由此实现信息自由,达到保障公众知情权的目的。因此,西方国家将公共利益原则应用于司法以外的领域,其目的同样是要满足公众的知情权。不过,与西方国家的司法制度的发展现状不同,我国的司法还不成熟,司法公开程度不高、司法公信力尚未建立,公众的司法信任感不足。特别是在热点案件中,公众对于司法信息具有很高的期待和需求。而通过将公共利益原则引入司法领域,由此推动司法机关的信息公开,就能达到满足公众的司法知情权的目的(而加强信息公开的同时也能够促进司法公正目标的实现)。因为公共利益原则本身是一项调解新闻自由与一般人格权等私法关系的规则(抗辩事由),将其运用到公法领域,在理论上更是不成问题的。

从实践来看,西方国家实际上已经越来越重视通过新媒体推动司法审判活动的信息公开。

虽然司法信息公开制度当中并未引入公共利益原则,但是事实上其背后体现的却是公共利益的理念。特别是在一些影响较大的案件中,此时公众对于信息充满需求,法官更加主动地进行信息公开,也体现出对于公众利益的重视。2015《法庭规则》特别提出,“第十一条,依法公开进行的庭审活动,具有下列情形之一的,人民法院可以通过电视、互联网或其他公共媒体进行图文、音频、视频直播或录播:公众关注度较高、社会影响较大、法治宣传教育意义较强。”尤其从“公众关注度较高”“社会影响较大”中都能够看出司法中适用公共利益原则的新动向。只不过,面对司法这个特殊领域,对于知情权的满足,需要同时调动司法机关与媒体两大主体的积极性,特别是应发挥司法机关在信息公开中的作用,由此推动传媒“为公共利益负责任发表”价值的现实。彭宇案中,司法如果能够及时、主动地公开案件的信息,就很有可能避免造成“社会道德滑坡”的恶果。特别是今天自媒体时代,司法已经很难要求所有媒体“沉默”或者要求公众对案件不公开发表“看法”,在这种情况下,司法机关只有自己开口,才有可能在对话中获得理解

---

权力主体相对于私法个体对于言论自由应更宽容,承担更大的责任。而且,由于公共利益本身的模糊性,司法机关在承担此义务之外,还需要恪守比例原则等其他公法的约束制度。

和支持。尽管司法机关的信息公开、主动发言不一定就能够获得理解和认可,但是,在公众“知情权”彰显的大趋势之下,对待媒体意见表达的制度从“出错权”转向“知情权”的大背景下,此时,司法机关也应当将对于司法公开的认识从“出错权”转向“知情权”。特别是当案件涉及公共利益——“公众关注、影响大”的案件更应当公开,此时,司法机关要承担信息公开的更大责任。所以说,司法与传媒关系中的公共利益原则,是司法机关尊重传播规律,适应社会信息自由制度保障不断发展的趋势,以及保障公众知情权的重要制度。

### (三) 互联网时代司法知情权的制度保障

自媒体时代,依据知情权理论将“媒体为公共利益负责任发表制度”转向了“司法机关为公共利益负责任发表”制度。在这个过程中,究竟对“公共利益”标准如何判断?2015《法庭规则》实质上已经提到了“公众关注度较高”“社会影响较大”两项标准。杨保军认为媒体报道与公共利益的关系体现在“公共利益属性是新闻产品或准产品的最重要的品质,或者说公共利益就是最根本的新闻性,还可以进一步从公共利益角度去重新定义新闻概念:即所谓新闻,就是对具有公共利益和普遍兴趣指向的事实信息的及时而又公开的传播。”新闻媒体的产品包括事实信息和意见信息两种形态。新闻事实信息是满足公众知情权的重要形式之一。而在司法领域,司法知情权本身就是一种公共利益,知情权与公共利益是相互联系的。“公共利益和知情权互为前提和基础,一方面,公共利益是知情权的法律依据;另一方面,知情权又是公共利益得以生成和维护的先决条件。”司法事实信息作为一种公共利益理应让公众知晓,这也是“司法为民”的基本要求。而司法对于知情权的满足就是其通过司法公开实现公共利益价值的过程。因此,司法信息公开、知情权的保障都需要法制新闻传播学的发展,法制新闻传播学的研究与人才培养能够更好地满足司法领域对于通过新闻报道实现公共利益的需求。

另一个问题是,虽然2015《法庭规则》将“公众关注”“社会影响大”的案件规定了人民法院可以通过电视、互联网或其他公共媒体进行图文、音频、视频直播或录播,但是,其中“可以”就会产生“在什么情况下公开”这个标准把握困难的问题。这种相对模糊的表述也就增加了对于司法机关约束的难度。究竟何为“公众关注、影响广泛”的案件,对此该如何判断?这就是要健全案件舆情的研判及应对等机制,明确案件社会关注与舆论影响的具体标准。2016年2月,《关于全面推进政务公开工作的意见》也以中央办公厅、国务院通知的形式对政府部门的舆论回应提出了要求。“建立健全政务舆情收集、研判、处置和回应机制,加

杨保军, 雒有谋. 新闻学视野中的公共利益. 新闻记者, 2013 (3).

杨保军, 雒有谋. 新闻学视野中的公共利益. 新闻记者, 2013 (3).

强重大政务舆情回应督办工作，开展效果评估。对涉及本地区本部门的重要政务舆情、媒体关切、突发事件等热点问题，要按程序及时发布权威信息，讲清事实真相、政策措施以及处置结果等，认真回应关切。依法依规明确回应主体，落实责任，确保在应对重大突发事件及社会热点事件时不失声、不缺位。”而其中就涉及政府对舆情回应的具体标准。同样，对于司法机关的舆情回应也应当作出详细的规定，由于受本文的写作目的所限，这里就不对此问题展开讨论。此外，如果造成社会利益损害，还应当有具体的追责标准和处罚措施。比如说，由于案件不能够及时公开信息，由此造成的媒体审判，司法机关是否也应当承担相应责任？还有，像彭宇案中导致的社会道德滑坡等这类公共利益的损害，司法机关也应当承担相应的责任。我国《关于实行党政领导干部问责的暂行规定》第七条规定“对党政领导干部实施问责的方式分为责令公开道歉、停职检查、引咎辞职、责令辞职、免职。”第十条规定“受到问责的党政领导干部，取消当年年度考核和评选各类先进的资格。”鉴于司法领域，信息不公开导致的司法公信力下降、社会道德滑坡等公共利益受损的社会负面效应产生的风险在上升，因此，在对涉及公众关注度较高、影响较大的司法案件未能及时公开造成社会危害的，在科学评估的基础上，应当追究司法机关工作人员司法信息公开不作为或处置不当相关的法律责任。

最后，前面司法与媒体关系中，如果确立基于公共利益原则的司法主动公开信息的义务，其究竟有着怎样的影响和意义？司法公开除了对于知情权的保障，它还可以产生以下几方面的影响。

首先，司法公开由于满足了公众的知情权，因此可以提升公共空间言论的质量。大众媒体司法案件中的报道权通过司法公开就可以得到很好地保障，而公共事件媒体的评论也就能提出更好的建议。此外，因为信息的公开，公众的非理性讨论也会减少。

其次，通过司法公开达到间接监督司法的效果，进而推动司法公正。杨佳案由于没有公开审理，审判过程中出现了当事人辩护权等程序性权利没有得到保障的问题，而司法公开将极大地减少此类程序违法的现象。

最后，司法公开使公众更好地关注案件，形成有价值的公共议题，最终实现社会正义。在孙志刚案件中，由于媒体及公众的关注，最终《收容遣送条例》这部恶法被废除。

## 五、网络内容治理中 ISP 法律责任体系构建的理论障碍

2016年5月，“青年魏则西之死”等文章在网络迅速传播扩散，由此也引发了围绕魏则西离世事件所牵涉的网络服务商百度、莆田系医院等各方在其中扮演

的角色及其责任的讨论。而在此事件的影响下,各大搜索引擎平台也纷纷采取了包括停止医药类推广服务等各种强化平台责任的措施。这个事件的发生也使我们有必要对于当前网络服务提供商在网络内容治理中的法律责任问题展开深入的研究和思考。

在网络内容治理中,ISP 相关法律制度的不完善已造成越来越多的社会问题,这也是莆田系事件发生之后,社会所应当引起重视的。而在网络内容治理中,如何加强对 ISP 的监管,建构合理的法律责任体系,这是当今各国政府都正在面对的一个难题。网络服务提供商(ISP)大致可以分为三类:仅提供网络访问服务的 IAP(Internet Access Provider)、提供内容服务的 ICP(Internet Content Provider), (又称为在线服务商 OCP(Online Content Provider))和空间服务提供者 IIP(Internet Intermediary Provider)。一般认为,网络服务提供商的类型不同,责任内容也会存在差异。网络服务商类型不同,承担的功能不同,所以,担负的责任也就不同。特别是与近年来我国网络快速发展相伴随的是,网络上非法或者不良信息内容传播造成的侵权国家、社会和公民合法权益的现象也在随着增多,因此,如何从理论和实践两方面探讨 ISP 法律责任制度对于完善网络内容治理体系就有着非常重要的意义。一些网络服务提供商会依靠自身的技术等方面的优势,为了一己私利而损害其他公民或者社会组织的利益。“有观点认为,中国的网络是毫无中立性可言的,网络运营商想尽办法对互联网流量和内容施加影响,而内容供应商和搜索引擎也都试图将自己的收益与内容控制挂钩。”网络服务商可能在服务的过程中对于价格、流量、信息内容的加工、呈现等各个方面施加影响,从而影响到公众的信息接收。本文就主要针对网络内容治理领域,ISP 法律责任制度的完善问题

---

魏则西离世事件,源于一则未经证实的网帖:西安电子科技大学学生魏则西两年前检出滑膜肉瘤晚期,通过百度搜索找到武警北京总队第二医院,在花费近 20 万元医药费后,仍不治身亡。该案发生后,舆论对百度竞价广告排名体系及其企业责任产生了质疑。5 月 3 日,国家网信办发言人表示,近日“魏则西事件”受到网民广泛关注。根据网民举报,国家网信办将会同国家工商总局、国家卫生计生委成立联合调查组进驻百度公司,对此事件及互联网企业依法经营事项进行调查并依法处理。此前,针对社会舆论对于此事件的关注,百度曾在 4 月 28 日、5 月 1 日分别回应称,“百度第一时间进行了搜索结果审查,该医院是一家公立三甲医院,资质齐全”,“正积极向发证单位及武警总部相关部门递交审查申请函,希望相关部门能高度重视,立即展开调查”。5 月 9 日国家网信办调查组公布调查结果,百度搜索相关关键词竞价排名结果客观上对魏则西选择就医产生了影响,百度竞价排名机制存在付费竞价权重过高、商业推广标识不清等问题,影响了搜索结果的公正性和客观性,容易误导网民,提出了立即整改的要求。

第一类网络接入提供商只是纯粹提供物理连接,其在网络名誉侵权中处于被动、中立地位,因此,不应承担由网络传播引发的网络名誉侵权责任。第二类网络内容提供商直接参与网络传播活动,生产相关的内容,如果该类信息内容侵犯他人名誉权,毫无疑问需要为自己发布的侵权信息承担责任。第三类也就是网络中介服务提供商,它的责任问题相对复杂一些,当第三方在网上发布侵权信息时,它需要根据相关的法律承担相应的责任。而本文主要探讨的也就是第三类 ISP 的法律责任问题。

伊利公关新浪的确凿证据, <http://forum.techweb.com.cn/thread-265482-1-1.html>.

进行探讨。

### （一）网络内容治理中 ISP 法律责任的类型及相关的规定

对于 ISP 法律责任在理论上已有很多的探讨。在信息的自由流动和服务功能的实现过程中,离不开网络服务商的分工合作。在网络空间中,ISP 实质上拥有着包括内容审查等诸多的权利。有人提出,网络服务提供者的权利义务包括规则制定权、执行权、纠纷裁判权、取得特别许可权、法律适用选择权、责任限制或免除权等。承担的义务包括注意或审查义务、安全保障义务、知识产权保护义务、隐私权保护义务或个人信息保护义务、审慎作为义务等。ISP 法律责任制度当中主要涉及对 ISP 注意义务的规定,而对此问题学界也尚未达成共识。有人就指出,“目前美欧日韩等相关立法均未要求平台承担极为严格的责任,而是要求平台履行合理注意义务,根据过错承担相应的责任,而非赋予平台直接监管的义务。”显然,通过对网络服务提供者合理注意义务的研究,建构 ISP 的公法、私法责任,由此实现建立网络内容治理中 ISP 法律责任体系的目标。

下面就先从法律规范的角度,以网络名誉侵权的相关规定为例讨论 ISP 在网络内容监管中的注意义务。1997 年 12 月公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第十条规定,互联单位、接入单位及使用计算机信息网络国际联网的法人和其他组织发现公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人信息的,应当保留有关的原始记录,并在 24 小时内向当地公安机关报告。信息产业部于 2000 年发布施行的《互联网电子公告服务管理规定》第十三条规定,电子论坛服务提供者发现其服务系统中出现明显属于侮辱、诽谤他人,侵害他人合法权益的信息时,应当立即删除,保存有关的记录,并向国家有关机关报告。国务院 2009 年 9 月发布的《互联网信息服务管理办法》第十六条规定,互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于本办法第十五条所列内容之一的(包括侮辱或诽谤他人的信息),应当立即停止传输,保存有关的记录,并向国家有关机关报告。“这个时期的平台责任可以总结为发现后立即停止传输、保存记录、报告(并没有主动发现的义务,也就是说,没有发现的,也不承担责任;如果是监管机关发现了,

---

彭玉勇:论网络服务提供者的权利和义务,暨南学报:哲学社会科学版,2014(12)。

有人认为主要包括提供服务时应保持中立义务、防止危害结果扩大的义务、协助调查的义务、合理注意义务、尊重用户通信秘密和个人隐私义务。参见董晓波:《网络名誉侵权的特征及民事责任》,载《金陵科技学院学报》,2004(1)。不过,也有人将网络服务提供者的义务分为网络服务提供者的分类及其信息审查义务、及时采取必要措施的义务、向网络用户发出通知的义务、向被侵权人提供信息披露的义务。参见王振兴:《网络环境中的名誉权侵权问题研究》,中国社科院硕士论文,2013。

腾讯研究院:《互联网+:时代的立法与公共政策》,北京:中国法律出版社,2016。

平台企业做好配合协查工作即可)。”2015年8月29日通过的刑法修正案(九)第一次将信息网络安全管理义务写进刑法,刑法修正案为保障网络内容安全增加了网络服务提供者的刑事责任。其中第二十八条规定,“在刑法第二百八十六条后增加一条,作为第二百八十六条之一:‘网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,有下列情形之一的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。’”由此可见,在于网络内容治理相关的规范中,无论是行政法律还是刑事法律,针对ISP公法责任都做出了规定。不过,对其所承担的责任究竟属于“被动发现”的消极义务,还是“主动发现”的积极义务,特别是对于未被发现的“违法信息内容”,ISP要不要承担责任,对此问题这些法规中都没有明确的规定。在实践中,ISP的公法责任往往会被“泛化”,使其成为了承担网络内容监管职责的“准公共机构”。例如,“新浪微博作为UGC的内容平台,负责主动巡查微博内容,需要通过设置大量关键词和人工审核的方式7×24小时不间断审核,而违法内容一旦漏查被监管机关发现,将被予以处罚。”这种ISP公法责任的泛化现象,是加强网络内容监管法治化中面临的最突出的问题之一。

ISP的私法责任方面,2009年的《侵权责任法》提到了两种情况下网络服务提供商应当承担的责任。其中第三十六条规定了网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任的两种情形。一是“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”二是“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”2014年最高人民法院发布的《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》对于侵权责任法第三十六条第二、三款规定中网络服务提供者接到通知后是否采取必要措施的认定以及“知道”侵权行为的认定做出了详细的规定,由此有利于司法机关更加准确地判断这两种情况下网络服务提供商应当承担的责任。该司法解释中第六条规定,认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时,应当根据网络服务的性质、有效通知的形式和准确程度,网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。另外,对于网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益中的“知

---

参见腾讯研究院:《互联网+:时代的立法与公共政策》,北京:中国法律出版社,2016。

腾讯研究院:《互联网+:时代的立法与公共政策》,北京:中国法律出版社,2016。

道”，该司法解释第九条提到，应当综合考虑多方面的因素。可以说，ISP 私法责任的规定中，一方面是确立了“通知删除”的“违法内容”被动发现义务；另一方面，按照法律规定的“注意义务”也要承担一定程度的“违法内容”主动发现义务。这种对 ISP 私法责任相对明确的规定将有助于遏制网络内容侵害他人民事权利现象的频发，而且，也具有一定的合理性。不过，在适用中还是应严格界定各项注意义务的范围和边界，防止因 ISP 注意义务的泛化和扩张解释而造成对言论自由以及 ISP 权利的不当限制。

上面通过对网络内容治理领域 ISP 私法、公法责任相关法律规定的比较，可以发现，相对而言前者的规定更清晰，引发的争议也不如后者多。因此，当前健全 ISP 的公法责任制度是完善网络内容治理体系的重点，这也是理论争论的焦点之一。就网络内容治理中，ISP 公法责任制度建构的目的而言，是为了既符合公共利益满足国家、社会发展的需要，同时又要能够保障公民言论自由这个基本人权。而二者利益如何协调是 ISP 公法或者私法责任制度建构最大的挑战。

## （二）国外网络内容治理中 ISP 责任建构的制度实践

无论是美国还是德国在 ISP 的监管问题上，各方观点的分歧很大。根本上体现了人权保障与社会秩序、安全这两大价值之间的不同倾向。而这背后实质上反映的是人民主权与人权（法治）这些宪政国家中的宪法价值是如何反映到网络内容治理的具体制度当中的。

### 1. 美国围绕“网络中立”管制的纷争

网络中立性是指网络在运作中应当遵循“非歧视性的互联互通”原则。2010 年底，联邦通信委员会通过《维护互联网开放性指令》，其目的在于通过对网络运营商施加一定的责任，从而实现网络的“透明性”，这是对提供信息诚信的要求。“中立性”的内涵是禁止屏蔽，凸显对内容中立和发送中立的要求，防止运营商擅自筛选传输内容或阻碍网民发表言论、传送与获取合法信息。“价格中立性”即保障所有消费者都有分享网络资源的公平机会。然而，在该文件公布之后，威瑞森公司就起诉到法院，主张该文件对网络的中立管制违法无效。2014 年 1 月，哥伦比亚特区巡回上诉法院采纳了原告威瑞森公司的大多数控诉，判定《维护互联网开放性指令》违法无效，从而使运营商免受网络中立管制。由此可见，美国对于

---

包括网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理；网络服务提供者应当具备的管理信息的能力，以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小；该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度；该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量；网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取了相应的合理措施；网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为或者同一侵权信息采取了相应的合理措施；与本案相关的其他因素。



ISP 包括内容、价格、流量限制、优先权等经济和非经济领域的网络监管遇到了不小的困难。美国政府虽然试图为了公共利益而加强对于 ISP 的约束和管制,但是这种意图的实现还面临相当的阻力。“不过,美国法自威瑞森案以来正在向‘原则管制,例外不管制’的趋势发展,这种立场显示出在互联网迅速发展的时代背景下,法律坚守网络开放与创新的公平价值。但是鉴于这种管制对个人自由造成的威胁,法律又以‘公私益的平衡’为中心,承认网络中立管制存在着例外情形。”

对于网络中立管制,不少人还是给予了肯定,“有学者就将网络中立管制视为《电信法》保护言论自由的历史性机遇,称其为保护和促进言论自由做出巨大贡献。最高法院在‘丹佛案’中早就认为,运营商等私人机构的言论审查将某些想法、事实列为禁忌,会束缚发现真理与公共辩论。”事实上,美国政府对于 ISP“中立”管制的目的之一是促进信息的自由流动,它倾向于对“人权”价值的保护,更好地保障公民的言论自由权,其实质上是要达到“去管制”的目的。这与我们前面提到的基于“安全保障义务”而加强对于 ISP 的监管,这两种制度的出发点和目的都是不一样的。

## 2. 德国从“通知—取下”规则到“通知—取下一扫描”规则的转变

在德国,对于 ISP 的监管在司法层面仍存在不少的争议。一部分人主张扩大 ISP 对于网络空间的责任。如通过借助“开启或维系交往空间”“(自身条件和资源)超出了网站人力和技术能力所能检视”“笼统地与具体信息保持距离”等理论,在司法操作层面逐步强化网络内容治理中 ISP 的责任。这可以说是针对 ISP 监管相对严格的立场。但另一方面的声音却是从言论自由等基本权利的角度反对 ISP 拥有网络内容的审查权。而德国联邦最高法院采取了中间立场,将网络服务提供者的责任定位于“妨害人责任”,创设了“面向未来的审查义务”。由此可见,针

吴亮:网络中立管制的法律困境及其出路——以美国实践为视角,环球法律评论,2015(3)。

吴亮:网络中立管制的法律困境及其出路——以美国实践为视角,环球法律评论,2015(3)。

早在 2002 年,特里尔州法院认为,如果网站对出现在其网站上的他人侵权信息长时间不闻不问,即可推定其认同信息内容。其后,持激进立场的汉堡州法院认为,网络空间如为社会性交往空间,则在法律处理上应与物理空间无异。换言之,此时网络服务提供者因开启或维系交往空间而负有包括主动审查在内的安全保障义务。就风险控制而言,网站必须在人力、物力上做到足以与其运营规模相匹配。如果论坛和网帖的数量超出了网站的人力和技术能力所能检视,那么网站要么投入更多资源,要么限制运营规模。在另一个判决中,该法院甚至提出,除非网站有针对而非笼统地与具体信息保持距离,否则网站上发布的他人信息均应视为网站“自己的信息”,从而应被视为“网络内容提供者”。参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》,2012(2)。

“另外一派意见则完全否认服务提供者的主动审查义务,例如科隆州法院和柏林州法院。”参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》,2012(2)。

“法院要求,网站对正在发生的侵权有排除义务,并对未来的妨害负有审查控制义务。”“面向未来的审查义务”是指,一旦服务提供者了解到来自第三人的某项侵权事实,即在以后针对同一侵权主体或同样侵权客体或同样侵权内容负有主动审查义务。参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》,2012(2)。

对 ISP 监管的司法实践就使德国在民事侵权领域体现出对于“避风港”原则的超越,对于 ISP 在网络内容治理中免责的义务要求更高,这是因为它将“避风港”规则中的“通知—取下”规则修改为“通知—取下一扫描(即指其他可能危险)”规则。而“避风港”规则则是美国 1998 年《数字千年版权法》中提出的,此后,各国对其的使用已逐步从著作权领域扩展到了网络侵权的各个领域。不难发现,德国的司法实践比美国式“避风港”规则向前迈进了一步。根据德国对该理论的发展,对于 ISP 法律监管责任或义务的判断理由就会更加宽泛,主要是“着眼于‘开启、参与社会交往’及‘给他人权益带来危险’两项事实。”由此可见,该理论从网络空间中 ISP 作用的角度增进了对于“平台”角色的认识,由此推动了 ISP 法律责任认识和理念的更新。而且,德国通过司法判决逐步完善了 ISP 的法律责任制度。这体现了德国联邦最高法院采取了针对 ISP 监管上较为严格的责任立场,这可以看出德国司法层面对于 ISP 加强监管的趋势。

### (三) 我国网络内容治理中 ISP 私法责任制度的建构

从历史角度来看,网络内容的治理中,我国 ISP 私法责任的发展主要是借鉴了美国的相关制度。在美国的版权侵权领域最为重要的监管规则是“红旗原则”,但即便是在知识产权保护领域,“红旗原则”中 ISP 要承担的义务也要小于被侵权人所要承担的义务。“有学者指出,《数字千年版权法》的表述是‘服务提供者没有主动寻找红旗的义务’。由此造成的结果是,除了权利人主动进行通知而服务提供者仍怠于移除侵权内容外,若要服务提供者承担责任,几乎只有证明服务提供者鼓励第三人侵权或明知侵权存在却不闻不问一途,其难度可想而知。”不过也有另外一种观点认为,中国虽然引进了“通知—删除规则”,但对其的适用则与此不同,ISP 承担了更大的内容审查义务。对此,有人批评指出,“而我国的规定,则明显不利于言论自由与 ISP 的发展,且连带责任不仅也无法理依据也加重了 ISP 的负担。”事实上,针对 ISP 的法律责任是否过大的认识也是存有分歧的。而究竟该如何看待 ISP 的法律责任,这在司法实践中也仍然存在一定的模糊性。2006 年最高人民法院的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释(2006 年修正)》(已失效)中规定,提供内容服务的网络服务提供者,对著作权人要求其提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为人的侵权责任,无正当理由拒绝提供的,应承担相应的侵权责任。这实质上是增加了 ISP 的安全保障义务。然而,在 2011 年最高人民法院出台的《关于审理侵犯信息网络传播权

刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务. 中外法学, 2012 (2).

刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务. 中外法学, 2012 (2).

郑仁荣. 英国 ISP 在网络诽谤中的责任研究及对我国的启示. 行政与法, 2011 (2).

适用法律问题的若干规定》却没了相关的规定。这是因为我国司法实践中将“通知删除”制度理解为网络侵权现象中ISP负责的“避风港”原则。比如,对于网络侵权我国司法实践中一般都采用过错责任原则,而“避风港”就是被当作免责条款来使用的。《浙江省高级人民法院关于审理网络著作权侵权纠纷案件的若干解答意见》第27条也规定:“具有主观过错,是提供信息存储空间、链接和搜索等服务的网络服务提供者承担侵权责任的前提。”所以说,“尽管存在《侵权责任法》第三十六条第一款立法表述上的瑕疵,但我国就网络服务提供者侵权责任采用过错责任原则当确定无疑。”学者基本上认为我国的通知删除制度是效仿美国的,即借鉴的是美国1998年《数字千年版权法》中的‘通知与取下’程序,而这就为ISP设定了较低的义务标准。虽然也有人提出了不同的看法,比如,有人认为,“在美国通知移除制度被定性为网络服务提供者的免责条款,这体现出该制度的立法目标在于保护网络服务提供者免受过重的责任风险,故通知移除制度也被普遍称为‘避风港’规则。而我国将通知移除制度定性为归责条款,这意味着通知移除制度在理论体系上是为了能够对网络服务提供者课以责任提供理论和规范上的依据,因为依传统过错责任理论,难以直接认定网络服务提供者的侵权责任。”不过,目前学界对于“通知删除”制度的主流认识还是ISP的免责制度。由此可见,无论是理论界还是司法实务界均将“通知删除”制度看成是免责事由,但同时,出于对公共秩序和公共安全保护的考虑,又在法律上为ISP设定了很多的注意义务,以此扩大了ISP在私法领域的法律责任。

虽然ISP不承担一般性的内容主动审查的义务已经是ISP私法责任理论上的通说,但在网络空间中侵犯民事权益案例日益增多的背景下,ISP的角色越来越复杂。而德国ISP责任发展中提出的“启动、参与社会交往”“实质性危害”等概念是应对ISP侵权新趋势才出现新认识。而这也符合互联网内容治理以及各国司法实践发展的趋势。在网络内容治理中,ISP私法责任呈现出“泛化”趋势,其

---

徐伟.通知移除制度的重新定性及其体系效应.现代法学,2013(1).

徐伟.通知移除制度的重新定性及其体系效应.现代法学,2013(01).

很多人仍主张将通知删除制度看成是对于ISP免责的保护制度,如杨立新先生指出:“网络服务提供者对网络用户利用网络发布信息,法律没有规定网络服务提供者负有事先审查义务。如果强令网络服务提供者负有事先审查义务,就会违反互联网运行的客观规律性,不符合客观实际情况,也不符合《侵权责任法》第三十六条规定,是违反法律的。对此,学界和专家有共识。张新宝先生也认为:“实际上,世界各国对于网络服务提供者是否等同于传统的出版者地位方面达成一致的意見,即由于互联网行业的特点,网络服务提供者面对海量的信息无法做到事先审查。从技术上虽然可以采取一些过滤手段,但是难以做到全面的审查。因此,网络服务提供者不等同于传统出版者的地位,也不可能承担普遍审查义务。”参见徐伟:《通知移除制度的重新定性及其体系效应》,《现代法学》2013年第1期。

国内的相关案例,比如,孔家花园饭店起诉大众点评网名誉侵权案中,大众点评网董事长张涛也曾提到,每个网友都有发表言论的自由,在每个网页下端,网站登出了“免责条款”。但是,法院最终判决大众点评网站构

私法责任既包含 ISP 自己上传侵权内容的场合,也包括其他侵权人提供内容的情形。目前我国的法律对 ISP 民事责任的规定,已经可以将“扫描”等更多私法责任纳入其中。全国人大法工委 2002 年 12 月向第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议提交的《中华人民共和国民法(草案)》第九编侵权责任第十章“有关侵权责任主体的特殊规定”中就提到了网络侵权中网站的责任问题。第三十六条规定:“网络经营者明知用户通过该网站实施侵权行为……网站经营者与该网络用户承担连带责任。”《侵权责任法》第三十六条以及《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第六、九条都同样规定了网络服务提供者对于“明知”通过该网站实施侵权行为而未尽到相应的注意义务的责任。不过,对于该情况下 ISP“合理注意义务”当如何界定及其如何实现等问题也是存在争议的。一种观点认为应为 ISP 设定较高的针对违法内容的“注意义务”。有人主张,施以博客服务商某些情形下主动发现有害信息并采取措施的法律责任是符合“应当意味着能够”法则的。法律对博客服务商提出“应当”的行为要求并未超出服务商“能够”做到的能力范围,因为博客以侮辱形式侵权具有明显的可识别性,它主要是通过谩骂的言词对他人人格进行恶意攻击与贬低,侵权恶意与故意容易为博客服务商直观地识别与判断。也有不同的观点认为,“不应当加重 ISP 对所传输信息的严格审查义务。但是 ISP 应采用一些过滤技术防止侵权信息的传播,对于明显的侵权信息,ISP 有义务进行及时的删除,否则应承担侵权责任。”不难发现,学者虽然主张应通过法律责任的完善加强对 ISP 的监管,但是,对于私法责任中的注意义务的具体内容目前仍存在较大的分歧。可见,目前关于 ISP 注意义务的探讨,不仅各方认识不一,研究也还不够深入。

#### (四) 我国网络内容治理中 ISP 公法责任的发展状况及主要问题

##### 1. 网络内容治理中 ISP 公法责任制度的发展状况

前面已经提到,ISP 公法责任制度的建构是网络内容治理领域最为艰巨的任务,面临的困难也最大。这是因为 ISP 的公法责任制度是不同国家网络内容治理体系的重要组成部分,它反映着各个国家对于网络内容监管的理念和认知。

由于国情差异,国外互联网内容的监管制度也各不相同,进而就会形成不同

---

成名誉侵权。法院认为,被告创立大众点评网站,为社会公众提供了交流餐饮信息的媒介,其作为互联网信息服务提供者对其经营的网站有管理之责,对网民通过其网站发表的信息和评论有合理审核的义务。参见《上海一网站点评餐馆吃官司网民骂人网站有责》。解放日报网,2012-3-2。这里法院提到的“网站有管理之责”,实质上就是认为 ISP 对网络空间的安全保障义务。

徐伟. 通知移除制度的重新定性及其体系效应. 现代法学, 2013 (1).

陈堂发. 首例博客名誉侵权案法理探讨——兼与<博客名誉侵权,网络服务商该当何责?>一文作者商榷. 国际新闻界, 2007 (2).

邱潇可. 网络环境中言论自由权与名誉权保护之均衡. 东岳论丛, 2012 (7).

的 ISP 的法律责任制度。加拿大政府授权对网络信息实行“自我规制”，将负面的网络信息分为两类：非法信息与攻击性信息。前者以法律为依据，按法律来制裁；后者则依赖用户与行业的自律来解决。有人通过对欧盟网络内容监管的研究发现，欧盟首先对内容进行分类，在区分非法内容和有害内容的基础上，对这两种内容分别采取不同的措施。对非法内容主要是通过法律手段进行监管，而对于有害内容则主要依靠技术、自律方式进行管理。出于对言论自由保障的重视，目前美国网络内容的管理除违法内容依法惩处外，其他也主要是依行业自律与市场调节来进行管理，并以法律的手段来确保自我调节的有效性。由于网络内容的监管涉及对言论自由的限制，西方国家更倾向于利用法治或者社会调控的手段，尽量减少通过行政权力介入意见市场，因此，技术、自律而不是针对网络内容的行政监管是调节网络内容秩序的主要方式。而与发达国家的网络内容监管制度不同，亚洲国家与欠发达国家对网络内容的管理具有较多的限制。比如，新加坡广播局（SBA）监控网络有害信息，包括色情的、政治的、宗教的、种族的。其《网络行为法》中明确规定由新加坡广播局（SBA）对网络内容实施管制，规定了网络服务提供商（ISP）和网络内容提供商（ICP）在网络内容传播方面所负的责任以及禁止性资料的范围。而我国也采取了依靠行政权力加强网络内容监管的方式，并且推动网络内容监管的法治化建设是我国建构网络内容治理体系的一大特色。由此可见，与西方发达国家不同，我国对于网络内容的监管，除了技术、自律等方式，对非法、不良信息等网络信息通过行政权力加强对网络内容的监管是极其重要的方式。而且，我们在网络内容监管制度的基础上也就自然衍生出 ISP 的公法责任制度，这与西方国家更强调通过 ISP 的私法责任，以及结合技术、自律等手段实现对网络内容治理的途径有明显的不同。又由于网络技术、媒介及传播的变革使行政权力在网络内容的监管中常常陷入“力不从心”的困境，因此，政府部门网络监管目标的实现也越来越依赖于 ISP 的公法责任制度。通过 ISP 法律责任体系的建构，特别是建立 ISP 公法责任制度弥补了当前我国网络迅猛发展中自律、法律制裁等治理手段的不足。不过，不难看出，在特殊的网络内容监管制度背景下，才会形成在行政法层面对于 ISP 公法责任的建构，因此，我国 ISP 的公法责任制度也就构成 ISP 法律责任制度以及互联网内容治理体系中极为重要的组成部分。

近年来 ISP 公法责任在法律上不断扩大的趋势也是相当明显。2016 年 9 月 1 日，实施的《互联网广告管理暂行办法》第十七条规定，“未参与互联网广告经营活动，仅为互联网广告提供信息服务的互联网信息服务提供者，对其明知或者应

宋华琳. 互联网信息政府管制制度的初步研究. 网络传播与社会发展论文集, 北京: 北京广播学院出版社, 2001.

康彦荣. 欧盟互联网内容管制的经验及对我国的启示. 世界电信, 2007 (4): 72—75.

钟瑛. 网络内容管理的差异性与管理. 新闻大学, 2003 (3): 49—52.

肖永平, 李晶. 新加坡网络内容管制制度评析. 公安大学学报: 自然科学版, 2001 (5): 45—49.

知利用其信息服务发布违法广告的，应当予以制止。”由此可见，ISP 的公法责任，与私法责任类似，它不仅要对“被动发现”的内容承担相应的注意义务，而且也要承担主动发现违法内容的注意义务。再比如，《互联网新闻信息服务管理规定（修订征求意见稿）》第二十五条规定，“互联网新闻信息服务提供者提供服务过程中发现含有违反本规定第三条、第二十四条第一款规定内容的互联网新闻信息的，应当按照《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》，采取删除等处置措施，保存有关记录，并立即向国家互联网信息办公室或者地方互联网信息办公室报告。”这都体现出网络内容监管中 ISP 扮演着重要的角色。事实上，当前 ISP 公法责任泛化，通过扩张法律规范加强 ISP 网络监管责任是政府权力介入网络内容监管的一种重要途径。《互联网食品药品经营监督管理办法（征求意见稿）》中第二十六条规定，“第三方交易平台经营者应当建立巡查制度，设置专门的管理机构或者指定专职管理人员，对发布的信息以及经营的食品药品进行检查，对发布虚假信息、夸大宣传、超范围经营等违法行为以及发现食品药品质量问题或者其他安全隐患，应当及时采取措施制止，并向食品药品监督管理部门报告，必要时可以停止提供第三方交易平台服务。”在该规范中，ISP 实际上已经享有对“虚假信息、夸大宣传”等违法行为的认定及处置的权力。从中可以看出，在网络内容监管中，ISP 已享有了违法信息内容的认定等多种类型的权力，其公法责任既包括如“防止危害结果扩大的义务”“及时、采取必要措施的义务”等消极义务，也涵盖了“信息审查义务”“安全保障义务”等积极作为义务。由此也可以看出，ISP 的公法责任的内容较为复杂，而且呈现出其应用范围有不断扩大的趋势。不过，与私法责任不同的是，公法责任中对于 ISP “主动发现”的注意义务缺乏具体、明确的规定，这就很可能造成 ISP 对公民言论自由的不当侵犯或者因为 ISP 未承担监管责任而遭受处罚。除了上述 ISP 公法责任规定不明确，裁判权过大的问题，ISP 公法责任的泛化也可能导致其将承担更为严重的法律后果。比如，针对刑法修正案（九）中的“网络安全管理义务”，有人就表达了这样的担忧。“如果有人给某电商负责人写信，告诉他淘宝网上某某店铺大规模卖假货足以构成犯罪。对此，该电商负责人既已构成‘明知’。如果该电商负责人对此举报置之不理（事实上，这类举报实在太多而无暇处置），此时该电商负责人就有可能构成该条规定的犯罪。这样规定有打击面过大之嫌，不利于互联网+的发展。”由此可见，ISP 公法责任制度中存在很多的问题，对其的设置更需谨慎。

## 2. ISP 公法责任制度建构中面临的主要问题

在网络内容治理过程中，对 ISP 公法责任的建构还存在以下几个较为突出的问题。

---

刘仁文，张慧：刑法修正案（九）草案有关网络犯罪规定的完善建议，人民法院报，2015-8-12。

首先，是对 ISP 加重法律责任制度设计合理性的质疑。这些担忧主要来自于从言论自由保护的角度，涉及权力“合法性”“正当性”等问题。ISP 在网络内容监管中扮演着“准公权力”的角色，成为权力机关实现网络监管意图的组成部分，这种情况该如何看待？这也是建构 ISP 法律责任制度的理论基础。比如，有人提出，“平台作为民事主体，没有法定赋予的监管职能，直接判定其他民商事主体的行为违法并予以制止，于法无据”。事实上，在网络内容“共治”的过程中，ISP 在履行监管责任的同时必然会拥有某些行政机关原本拥有的权力，这种关系比较符合“公用事业民营化”的公共管理发展趋势。根据 ISP 提供服务过程中“公共性”的现实状况，可以认为 ISP 承担着某些公共管理职能。有人指出“事实上，在对用户发布或传输的信息进行审查方面，网络服务提供者在某种程度上更类似于一个公共管理机构，因此这既是其承担的义务，也是其享有的部分公共管理权限。”从社会发展趋势上看，未来各类社会组织（比如 ISP）将承担越来越多的社会公共管理职能，这已经成为社会治理领域中的一种常见现象，不过，由此也会产生新的问题。“随着民营化时代的到来，公法学者普遍担心，民营化将会使政府通过将传统的政府义务通过合同外包等形式交由私人部门经营而自身规避宪法和法律的固有责任，从而导致对传统公法理念的侵蚀以及公法义务体系的全面失控。”这种担忧对 ISP 责任的泛化而言，也是适用的。对此问题，有学者就指出，“通过赋予公用企业行政主体地位，使公用企业提供服务的行为具有了公法属性，其权利行使和义务承担也找到了宪法依归。公用企业在履行其服务功能时，与其他行政主体一样，需要遵循行政公开的义务要求，同时履行正当法律程序的义务，其经营决策过程中自由裁量权的行使也需要接受司法审查。通过这样一种有效的制度设计，可以避免民营化以后政府公法义务的缺失。”这种思路对于思考 ISP 在履行行政监管责任时面临的理论困境就很有启发意义。照此逻辑，在网络内容治理中，ISP 的参与实质上已经具有了“公权力”的性质，因此，我们认为对其履行相关的义务，也可以按照法治社会对公权力运行的标准加以对待。

其次，ISP 公法责任制度的设计要严格遵循法治原则，注重对权利的保障功能。ISP 不仅仅采用“报告”“保存”等手段，而且还需要采取“删帖”“封号”等控制危害进一步扩大的网络内容审查和监管方式，从而形成对当事人言论自由的限制。在公共权力机构将监管权力“分包”给 ISP 之后，ISP 也就获得内容的监管和审查权力，因此，对于 ISP 权力进行监管的法律制度就需要及时跟进。否则，就可能出现监管权力“外移”造成权力监督制度的“真空”。当前“共治”模

---

腾讯研究院：《互联网+：时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016。

梅夏英，杨晓娜：《网络服务提供者信息安全保障义务的公共性基础》，烟台大学学报（哲学社会科学版），2014（6）。

杨海坤，郭朋：《公用事业民营化管制与公共利益保护》，当代法学，2006（5）：47—56。

杨海坤，郭朋：《公用事业民营化管制与公共利益保护》，当代法学，2006（5）：47—56。

式已经成为我国互联网信息内容治理中的一种重要机制，因此，对 ISP 的公法责任的设定应当更加慎重。一方面，要确保这类注意义务应当有明确的法律规定，ISP 履行行政监管相关的公法义务必须“有法可依”，做到“责任法定”，否则即为非法；另一方面，该项公法责任的履行必须严格遵守行政权力执法的程序性要求，满足“正当程序”的要求。2016 年初，规范网络内容执法的《互联网信息服务管理行政执法程序规定（征求意见稿）》已发布，ISP 履行公法责任时必须符合其中的相关要求。有学者提到，“下一步会明确网络服务提供商到底有哪些行政法规规定的义务，义务要明确，所以要明确网络服务提供商的责任，包括修订互联网信息服务管理办法，包括网络安全法的制定，包括推动个人信息保护法的制定，明确它，到底有哪些实体上的责任和义务。第二个部分，一定会完善什么叫责令，什么叫拒不执行，责令是什么样的形式，责令一般是有书面形式，责令履行一定要有一个期限，拟在这个期限内举行。包括拒不履行也有一个时限规定。所以都会在实体边界上、权利边界上予以明确。”应该说，在网络内容的监管中，完善 ISP 公法责任的实体和程序性规范，是建构 ISP 公法责任制度的关键所在。除此之外，还要建立当事人的权利救济制度。针对 ISP 履行公法责任对当事人权利造成侵害的，应可以向相关的行政管理部门提起行政复议，对于复议结论不满还可以向法院提起行政诉讼。这些制度的完善都是下一步我国网络内容治理体系建设中的重点。

最后，从实效性出发，还需要探讨网络内容监管中建构 ISP 公法责任制度的“合理性”问题。ISP 责任建构过程中可能遇到的社会条件等方面的限制。有人提出诸多的质疑，比如，“互联网企业缺乏专门人员、专业知识及专业技术”；“一味加重第三方平台责任，将加大企业运营成本，尤其对刚刚创业起步的中小型平台企业，不利于互联网产业的创新和发展”；“如何确保各个平台企业都有能力承担认定违法行为的责任？如何保障各个平台企业对违法行为认定的标准统一？”等等。“法不强人所难”是法治的基本要求。而 ISP 公法责任的泛化以及扩大，必须建立在科学、合理的基础之上，否则，不仅引发社会对其“合理性”的质疑造成规范的效果及目标难以实现，并且还可能因规范的“失效”进而降低政府的公信力。

综上所述，各国的互联网治理模式不同，也就决定了可能出现不同的针对 ISP 的监管及法律责任制度。这也就造成 ISP 私法、公法责任制度在不同国家发展的差异。西方发达国家，由于对公民权利的重视程度高于对网络的秩序和安全的考量，而且更加重视言论自由的价值，所以，也更注重通过私法责任制度实现对网

---

周汉华.网络服务提供商应承担更大的法律和社会责任.新华网,2015-11-12,[http://news.xinhuanet.com/talking/2015-11/12/c\\_1117119183.html](http://news.xinhuanet.com/talking/2015-11/12/c_1117119183.html).

腾讯研究院.互联网+:时代的立法与公共政策.北京:法律出版社,2016.



络内容的治理。通过增加私法领域的注意义务，进而扩大 ISP 的法律责任范围，以此适应规制网络侵权的需要。我国对于 ISP 法律责任体系的建构，虽然也从美国借鉴设定 ISP 私法责任的“红旗原则”，但却在此基础上通过规定不同注意义务的方式逐步扩大 ISP 的私法责任，这比较类似于德国的做法。除此之外，更为重要的是，我们还在网络内容监管中探索建立 ISP 的公法责任制度，以此更好地维护国家、社会的利益。不过，由于 ISP 公法责任的建构与网络内容监管制度的形成逻辑基本相同——它们都通过扩大“行政权力”的方式实现对网络内容的治理目标。而权力的扩张必然会产生权利侵害的风险，由此也会引发社会对其合法性、合理性等方面的质疑。

所以说，在网络内容治理过程中，ISP 法律责任体系的建构，一方面，需要结合互联网发展及监管的实际需要，在理论层面，推动 ISP 网络内容监管理论的创新，为 ISP 公法责任制度的建立奠定基础，清除理论障碍。然而，目前学者的理论研究主要集中于 ISP 的注意义务的类型，如“安全保障义务”，还是“内容过滤义务”等“微观”理论的探讨，而对更加宏观层面的整体性理论关注不够。而且也没有对网络内容治理中 ISP 的私法与公法责任之间差别给予足够的关注，因此，尚未对 ISP 网络监管及其公法责任的建构提供有力的理论支撑。另一方面，从规范层面来看，当前私法责任中注意义务的规定已经比较明确了，问题主要是集中在注意义务具体内容的认定方面。这既需要依靠司法实践进行个案的具体判断，也需要将私法责任中的相关注意义务内容在法律上做出更加明确的规定。而公法责任目前还面临具体规范缺失，特别是已有规范的明确性、合理性不足等诸多问题。通过建构科学、合理 ISP 公法责任体系促进形成适应我国互联网治理的 ISP 法律责任体系，并在此基础上探索多元化的网络内容治理机制，才能够从根本上保障我国互联网+健康、持续发展。

## 第五章 网络内容监管法治化的制度实践（一）：以不同类型的内容为中心<sup>①</sup>

这部分同样是通过典型案例的研究，以此揭示网络内容监管制度的实践。加拿大著名传播学者麦克卢汉曾提出，“媒介即信息”，即指出了媒介与信息之间的密切联系。下面主要是按照媒介形态的演变，由此展示了信息内容不断创新的发展趋势。而随着新兴“内容”的不断“涌现”，在对其完善法治化监管方面的制度探索也由此展开。网络色情淫秽信息与传统上对于“言论”的认识差别不大，网络视听内容、互联网电视也都与传统的媒体监管制度之间存在关联，是后者上的“内容”在互联网环境中的衍生，即属于传统媒体与新媒体的“中间地带”。然而，搜索、即时通信工具、移动游戏出版、应用服务，还有以大数据技术为基础的互联网定向广告等却属于全新的信息传播形态，它们具有明显的“媒介”属性，对其的法治化治理与对传统上“言论”属性鲜明的“内容”相比，需要更大的制度创新。由此反映出，新的媒介、传播和市场竞争中，传统的言论自由中“言论”内容的范围已大大拓宽，需要制度方面完成秩序的重构，并且进一步加强对表达自由的保障。可以说，这些制度实践和基本经验也会随着国家社会治理能力现代化水平的不断提升以及网络内容监管体系的逐步完善而更加丰富、成熟起来。

### 一、网络色情淫秽信息的政府监管

#### （一）打击网络色情淫秽信息的形势及其必要性

2014年4月24日，在“净网2014”行动中处于核心地位的全国扫黄打非工作小组办公室发布通报称，新浪网涉嫌在其读书频道和视频节目中传播淫秽色情信息，决定拟吊销新浪公司的《互联网出版许可证》和《信息网络传播视听节目许可证》，依法停止其从事互联网出版和网络传播视听节目的业务并处以罚金。据报道，“新浪网”网站上提供20部淫秽色情小说、4部色情视频。4月29日，北

---

本章的相关内容已分别在《新闻传播与媒介法治研究报告》（2015、2016年度）刊发或在其他杂志上发表。

北京市文化市场行政执法总队依法责令该单位立即改正违法行为，并罚款 5 085 812.8 元。此后，当用户打开新浪读书频道，会出现弹窗提示用户：“近日新浪读书频道出现涉嫌不良内容作品，为维护洁净网络环境，频道决定暂时关闭作品内容，开始进行自查自纠行动，将针对个人作者和第三方团签的不良作品筛查清理，结束后恢复上线！”有媒体解读此事件时将其与 2 月成立的国家网络安全与信息化小组联系起来，认为这场“扫黄”风暴的最大不同在于，网络治理实现“从行业安全到国家安全的转变”。“净网”开始以后，各地纷纷展开行动，“在北京，各大网站已经展开自查自纠，官方还组织妈妈评审团就部分网站内容进行评审，北京市共清理淫秽色情低俗信息 18.3 万条，关闭违法违规账号 810 个。上海行业主管部门要求网站在文字、图片、视频、移动互联网等各个环节不留死角，在一些大型的新闻网站，对于网民在论坛、微博、博客里发表的各类评论或者消息，都有专职审核员，在一些关键字上进行筛选。”而网络运营商也行动起来，“百度网对百度空间历史图片进行了大面积清理，共清理历史图片 30 万张；搜狐网暂时关闭了手机网的相册和搜索功能；西陆网永久性关闭了‘七情六欲之言情’论坛。搜狐等北京属地网站针对存在的问题立即进行整改，关闭相关的板块，而且全部在网站显著位置发布了道歉信，恳请社会公众原谅。”由此可见，新浪因涉嫌传播淫秽色情信息被处罚，也只是这场风暴的一个部分。针对非法网络不良内容的“专项行动”这已经不是第一次，有人对此曾做过统计，“从 2004—2014 年，据不完全统计有 16 次专项执法，其中 13 次是联合执法。联合执法时，参与部门最多的时候达到了 14 个，扫黄打非办虽然只算一个，但却由 27 个部门组成。最多的一年是 2009 年，专项打击了 4 次，其次是 2011 年专项打击了 3 次。在这 11 年间，大概专项打击的时间总计在 4 年半以上，基本上三分之一还要多的时间在进行专项打击。按照年度来算，最长的应该是 7 个月，2012 年有一个是从 2 月打到 9 月，2014 年专项行动从 4 月打到 11 月。所以，可以看到打击网络色情的专项行动是非常的密集，而且变得长期化，效果应该也是比较明显的。”“运动式”执法已经成为我国对包括网络色情在内互联网不良信息整治的一大特色。

在法律层面，淫秽和色情内容是有区别的。刑法第三百六十三条至第三百六十七条规定了制作、贩卖、传播淫秽物品罪，其中第三百六十七条对于淫秽物品的界定是指具体描述性行为或者露骨宣扬色情的淫秽性的书刊、影片、录像带、

---

新浪暂时关闭读书频道运营 或因第三方内容涉黄 2014 年 4 月 14 日 和讯网 <http://tech.hexun.com/2014-04-14/163907156.html> .

程朋.“净网”风暴突袭中国互联网. 2014-5-5, 电脑报.

同上.

谢永江, 关于打击网络色情的几点看法, 参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言, 博客中国, <http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>, 2015.1.10 .

图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。显然,“露骨”等关键词的表达并不清晰。对于色情的概念,在1988年新闻出版署关于《认定淫秽及色情出版物的暂行规定》中指出,色情出版物是指整体上不是淫秽的,但其中一部分有第二条(一)至(七)项规定的内容,对普通人特别是未成年人的身心健康有毒害,因此缺乏艺术价值或者科学价值的出版物。司法上,对于处理淫秽信息主要是刑事制裁和行政处罚两种方式,而色情信息的处理主要是公安机关对其进行行政处罚。事实上,“淫秽”“猥亵”“公然的冒犯”等概念的内涵在美国立法上也是一直饱受诟病,而这种模糊性与操作上的不确定也引发了美国社会对网络色情监管的挑战。一般而言,对于“色情”“淫秽”信息的监管主要是为了防范其对未成年人的侵害。此外,新加坡对于色情信息的监管还有一个理由——维护社会稳定和传统价值观。“从新加坡网络色情管制来看,政府认为网络色情不仅侵蚀年轻一代,而且对现有社会道德基础上构建的社会规范和社会秩序带来冲击,成为社会动荡的隐患,因此政府有权力进行管制。”当然,这种是容易产生争议的,毕竟对于道德的理解因人而异。此外,我国法律要求个人在行使权利时不能侵害其他人的利益,淫秽色情信息也应限定在“不侵害其他人利益”的范围之内,即不能超出社会中不愿意接受色情信息那部分人的“容忍度”。“风险容忍度”是经济学上的专用名词,是指在企业目标实现过程中对差异的可接受程度,在风险偏好的基础上设定的对相关目标实现过程中所出现差异的可容忍限度。或者可以说是企业对于风险的可接受程度或者忍耐限度。因此,对于网络色情信息的社会容忍度就是公众对于色情影响的忍耐程度。在我国社会组织不是十分发达的情况下,政府经过一定的程序,可以根据社会容忍度对网络色情进行治理。但这种需要必须是从这部分群体的需要出发,通过一定的协商程序,制定共同的标准。因为发扬民主,征求公众意见才能了解社会群体对于网络色情的社会容忍度到底如何。在政府介入网络色情治理问题上,让公众自己拥有选择权或者控制权,这也是政府保障言论自由权的体现。最后,对于因网络色情信息传播引发的“次生灾害”,网络色情很可能引发其他的违法犯罪活动,所以应当制定明确的法律加以规范。

## (二) 他山之石: 国外网络色情淫秽信息治理的经验

西方国家主要通过依靠社会的力量来实现对于淫秽、色情信息的控制。由于涉及宪法所保护的言论自由与保护未成年人的利益,美国在法律上推动淫秽色情

董媛媛,王治宁.美国防止互联网色情信息侵害未成年人的法律体系评述.国际新闻界,2010(2).

徐天晓.新加坡网络色情管制分析及对我国的启示.北京交通大学硕士论文,2011.

参见百度百科,[http://baike.baidu.com/link?url=mN\\_kEDa-jVP3x3qsuftOzjTKv1kaYj4T80reXQr8g9nq5Ezpo9QawJ\\_bUTbW6Xa3v0nB8r2u0PsgWXxNFXfna](http://baike.baidu.com/link?url=mN_kEDa-jVP3x3qsuftOzjTKv1kaYj4T80reXQr8g9nq5Ezpo9QawJ_bUTbW6Xa3v0nB8r2u0PsgWXxNFXfna).

信息的监管遇到了很大的困难。美国《通信庄重法》( The Communications Decency Act ), 也就是 CDA 法案, 规定通过网络向 18 岁以下未成年人传输淫秽、粗鄙、不雅信息的, 处以刑事处罚。同时, 通过互动式网络服务, 以 18 岁以下未成年人可以取得的方式, 展示任何在当前社区标准的判断下系以明显令人不悦的方式, 描写淫秽行为或淫秽物品的行为, 应当处以刑事处罚。不过, 在 CDA 法案签署仅 4 个月后的 1996 年 6 月 12 日, 费城东区法院的法官就阻止了 CDA 法案的继续生效。理由是其对于保护未成年人免受色情信息侵害的范围界定过于宽泛。而《未成年人在线保护法》COPA ( Children Online Protection Act ) 坚持以“当前社区标准”作为判断色情信息的依据, 但这个标准本身也很模糊。“美国第三巡回法院的专家小组认为, COPA 法案中用当前社区标准来判断色情信息是否有害于未成年人, 这就有可能导致在某些宽容的社区不允许传播的信息将会在某些严厉的社区被禁止”。1997 年 6 月 22 日, 美国联邦最高法院审理 Reno v.ACLU 一案中, CDA 法案被宣布为违宪, 彻底否决了美国国会对保护未成年人免受网络色情信息侵害的立法尝试。之所以遭到否决, 是由于美国社会对于个人权利的重视, 而保护未成年人免受色情信息侵害就很可能以牺牲成年人言论自由这个宪法权利为代价。John Paul Stevens 大法官这样说, “尽管政府致力于防止未成年人遭受互联网有害信息的侵害, 但 CDA 法案通过限制成年人的言论自由权而实现上述目的, 无法满足美国宪法第一修正案的言论内容精确性要求。CDA 法案通过增加成年人的言论权的负担, 而不是设置更少的限制性替代措施来实现其立法目的是不能被接受的”。还有, **就是美国司法部门并不赞成过去用于大众媒体上网络色情的政府规制措施可以直接适用于互联网。**就连 V-chip 这个安装在电视机里用来分辨并“锁定”预先设定的某些级别节目的硬件装置, 也受到严格的违宪审查。V-chip 条款规定: “电视机生产厂商应在每一台 13 英寸及以上的电视机里安装 V-chip 装置, 使观众能用一个分级系统锁住所有被认为是儿童不宜的节目, 其目的是为了限制儿童接触电视中的淫秽、暴力和有伤风化的节目。”尽管是通过技术手段来监管淫秽色情信息, 但其违宪的本质并无任何差异。这个理由不在于是通过技术还是法律规范治理网络色情, 而在于究竟是国家的意志还是个人的意志在判断淫秽色情中起到了真正的作用, 因为按照国家意志就很可能侵害公民的权利。时至今日, 完全由政府来主导控制网络淫秽色情信息在美国几乎没有取得成效。而且对于政

---

董媛媛, 王治宁. 美国防止互联网色情信息侵害未成年人的法律体系评述. 国际新闻界, 2010 (2).

Reno v. ACLU ( Reno v.American Civil Liberties Union ) 一案中, 本案被告 ACLU 认为, CDA 的规定侵犯宪法修正案中言论自由保护的规定, 并诉至美国联邦地方法院. 美国联邦地方法院和上诉法院均支持了 ACLU 的主张, 宣告 CDA 的有关条款因违宪而无效, 美国联邦总检察长 Reno 上诉至美国最高法院, 遂形成本案。

董媛媛, 王治宁. 美国防止互联网色情信息侵害未成年人的法律体系评述. 国际新闻界, 2010 (2).

同上。

府通过技术手段来控制网络淫秽色情带来的权利侵害风险，美国社会变得愈发警惕，“随着新兴科技而来的内容强制分级和强制标识等制度，尤其是具有强大过滤功能的信息科技，其实不但正在改变言论自由的古典面貌，甚至正在限缩我们发表言论与接受信息的自由选择空间，却未受到应有的重视与检验。”因此，在限制淫秽色情问题上，规制的理念的重要性要远超于网络分级或者标识制度等这些执行层面的问题。

那么，技术在保护未成年人免遭侵害或者在淫秽色情信息治理方面究竟能够起什么样的作用？意义何在？网络内容分级制度是当前世界上很多国家应对网络色情淫秽信息最为重要的手段。而网络技术发展带来的问题，主要还是需借助技术的手段加以解决。网络内容分级制度就是通过设定不同级别的标准对网络色情淫秽内容进行分级，网络内容提供者根据标准在网页上进行自我标示，由内容接受者自行决定是否接入网站内容的制度。但是，这种标识背后的问题是，它并不具有强制性，选择权在使用者手中，而且网络面向所有人，包括未成年，也就不能够很好地起到保护未成年免受不良信息侵害的效果。不过，分级制度或者标识这种手段的最大优势也正是在于它尊重网络使用者自己的意愿，网络运营商也能够自己来选择如何控制网络色情信息，这就避免了在宪法上权利冲突的问题，从而有助于打破现有的监管困境。具体说来，网络内容分级制度由相应的组成机构、分级系统和分级标准组成，内容分级制度的提出得益于麻省理工学院设立的国际标准化组织 W3C (World Wide Web Consortium)，PICS 是由 W3C 设计出的一种软件标准，根据这个标准可以对互联网上的内容进行标记。其初衷就是为了帮助家长和老师控制未成年人对网络的接触，利用网站内容自动标签化的技术来提供给网络使用者进行不同的内容选择。而 PICS 网络分级标准必须与某种内容分级系统相结合才能发挥作用，其中最为普遍的是网络内容分级组织 ICRA 所创立的分级系统。ICRA 的宗旨就是保护儿童、未成年人的利益，使其免受网络不良信息的侵害。而通过这种行业自律方式，可以使互联网行业以此来对抗政府的立法管制。简单说，PICS 为互联网对内容进行标记和分级设立了一个技术标准，而 ICRA 则在 PICS 的技术平台上设计一套分级标准。但是，ICRA 也仅仅是对网络内容加以分级，最终是否要打开还是由网络使用者自己决定。由此可见，“PICS 仅仅是分级过滤软件的一部分，只是为标记、分级提供一个平台。PICS 要求提供网络信息的网站经营者或者发布网络资讯者以自愿的方式就其网络内容或分布的

董媛媛，王涪宁：美国防止互联网色情信息侵害未成年人的法律体系评述，国际新闻界，2010（2）。

张志铭，李若兰：内容分级制度视角下的网络色情淫秽治理，浙江社会科学，2013（6）。

同上。

同上。

网络内容做自我分级。”所以说，对于网络内容的治理不是依靠哪一种手段就能够奏效，而是要多管齐下。而分级制度就为愿意对网络内容进行控制的人群提供了一种可能，包括家长等不愿意接受网络色情内容的人群就能够有所作为，而且这在一定的程度上也缓解了政府在该问题上的国家义务。中国台湾地区是唯一强制推行内容分级的地区，由政府制定详细的电脑网络内容分级处理办法，具体规定了分级的标准和规制方向。这也能看出台湾地区在对待淫秽、色情信息上的政府态度。但在推广上，台湾依据《网络内容分级处理办法》第九条规定成立财团法人台湾网站分级推广基金会，由其负责推行网络内容分级制度，职责涉及制定网站分级系统，推动行业自我分级标示，提供分级标签产生器给内容提供者自我标示。即便依靠社会力量推行分级制度，台湾的这个做法也还是遭到了不少批评与指责，认为对于网络服务提供者、内容提供者等的限制，实质也是一种管制，与言论自由的精神是相悖的，这实质上是一种事前审查。比如，“不符合台湾当局认定标准的信息将会被标识或者事先过滤，这也剥夺了公民自主选择和自我判断的权利”。网络淫秽色情如果通过技术方式过滤或限制之后，成年人的利益可能就无法保障，但是，如果不依靠强制推行，让网络使用者自己进行判断，就可能造成另一种现象，为了商业利益，很多网站不使用或者放开对于网络色情信息的控制。这就是治理网络色情信息的两难困境。因此，面对这个复杂的问题，就只能通过综合的思路来应对。在新加坡，出于青少年保护以及维护社会稳定并重，对待网络色情信息的态度相对保守。“新加坡阻止人们接触不适宜的内容，主要通过代理服务器的方式，代理服务器一般作为储存已访问网站的备份并防止用户重复请求而干扰通信线路的手段而被ISP广泛应用，而新加坡以这种手段来阻止用户进入政府禁止的100个网站。它要求ISP利用政府服务器安排用户的路径，即凡被列入黑名单的网站均不准上网。需要指出的是，在正常情况下，没有适当代理环境的用户不能进入互联网，只有具备这类环境者才能进入被禁网站。当有人试图进入列入黑名单的网站时，会遇到提示信息并链接至SBA解释分类许可制度的网页。”这种方式可以在一定的程度上改善商业网站为了自身利益而消极对待网络分级制度的状况。对于英国的情况，有学者提到，“……英国也是九龙治水，政府是参与其中的，但是，政府参与其中只是起到一个牵头作用。英国有200个专业机构，由网络服务提供商、各种专门的内容生产机构、青少年保护组织、家长组织、教育机构等组成。对于网络生产的这些内容如何判断合适不合适？这么多专业机构混在一起，包括那些大的互联网服务商例如谷歌、Facebook，等等，

---

张志铭，李若兰：内容分级制度视角下的网络色情淫秽治理，浙江社会科学，2013（6）。

同上。

徐天晓：新加坡网络色情管制分析及对我国的启示，北京交通大学硕士论文，2011。

他们一起来探讨应该建立一个什么样的内容规范,起到一个具有参考价值的作用,而非强制性的。”当然,社会组织在国内并没有那么强的实力,组织能力较弱,况且很多时候需要借助于外部力量(例如网站)的配合才能实现,此时,就需要政府的支持,根据情况在中间进行协调。此外,英国的大众媒体报纸、广播电视等也会制定对待色情内容的相关规则,对于自己的行为做出约束。其他组织当然也可以根据情况制定色情内容规制的规定。由此可见,网络色情信息的治理只能是疏堵结合、有所为有所不为。从国外的治理经验来看,主要是一种自下而上的治理模式,不同社会组织在自己的范围内,结合自身的需求、主体、所处环境等形成色情信息的自律组织,从而逐步改善整个社会网络色情的状况。网络色情问题的解决并不会有一个十全十美的方案,但任何社会又都必须面对色情网站对于青少年利益的侵害以及可能诱发的其他社会危害,因此,就只能寻找具有相对合理性的应对方法。

### (三) 国内网络色情淫秽信息治理中的主要问题分析

#### 1. 理念纷争:对于网络色情淫秽信息及其管制的认识没有统一

对于什么是淫秽色情信息,这个问题国内并没有取得一致的认识。淫秽色情信息是指法律上规定具有社会危害性的信息,即法律标准。从价值角度,有人认为,淫秽色情信息全部是负能量,也有人认为它也有积极、正面的作用,这就包括经济价值、艺术价值,等等。也有观点指出,色情信息构成了人类的非理性,与理性的存在一样正常,因此也是不可能从根本上清除的。总之,林林总总,看法不一。由此可见,对于淫秽色情信息概念的理解还是存在分歧的,这也可以看出其本身的复杂性。但是网络淫秽色情的传播还是需要边界,从世界范围来看,这个边界就是针对未成年人的传播。除此之外,就是淫秽色情的法律标准,如果传播淫秽色情触犯了法律就应当承担相应的责任。所谓法律上的标准有其严格的界定方法,法治社会,这个标准就在于一定要得到利益最可能受到侵犯的那部分人的认定,也就是说要使最可能宽容色情内容的那部分人同意,依据这个最低标准进行判断。“……在许多情况下,看来是不好的文学、艺术作品,很可能是解放民族思想与灵魂的好作品。所以,《刑法》不是以社会大众的‘一般人’,也不是以政府人士的看法为准,而是交由中立的司法机关进行判断,交由专业的作家进

---

李丹林:英国的网络色情治理经验。参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言,博客中国,<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>,2015.1.10。

参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言,博客中国,<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>,2015.1.10。



行判断，这基本上是符合最低法治要求的。”

现在我国治理网络色情的问题是，产业界、成年网民与政府就会因各自在淫秽色情中的利益诉求不同而发生冲突。原因也很简单，事先各自对于权利的边界没有达成一致认识，产生争执就难以避免。政府虽然面对的是满满负能量的网络淫秽色情信息，但是，在产业界与成年网民联合抵制的情况下，政府的意志并不是总能实现。相反，按照法治社会的理念，政府的权力本身就不是万能的，只有通过立法与这些最不支持的人达成了共识，才能够对其进行规制。而当前的治理方式，更像是一部分人生病就让全社会一起“吃药”的做法。而要治理网络色情信息，就必须考虑语境、对象、需要和场地等多重因素，区别对待。这是因为要考虑到色情信息背后，不同主体的自身利益。“针对如何治理网络信息问题，在价值目标的确定上不是单一的，而是综合考虑的。首先，保证其经济能够很好地发展。其次，保证广大社会成员的自由表达、享受信息自由交流的权利能够得到很好的实现。最后，要重点考虑对儿童的保护。针对儿童的保护，除了考虑政府、各种各样的社会机构外，最重要的是赋予家长权利和职责。因此在相关的各种网站里面，要对家长提供更多具体的、直接的帮助，例如指导家长应该如何判断这些信息是否适合孩子，该采取什么样的措施等。”

但是，现在问题还是回到了网络色情治理究竟想要达到什么目的？这是政府必须先要明确回答的。为了谁？经过了怎样的程序？上面已经谈到，即便全部都是负能量，网络色情信息也是无法全部彻底清除的，也没有必要。只有明确了政府监管的目标才能将政府、社会组织、个人的行动协调好，从而在网络色情治理上取得实效。相对于目标，技术、方法都不是大问题，但如果方向错了，将会南辕北辙。

## 2. 现有管制模式对网络经营企业的压力过大，因标准不明确，无所适从

由于网络色情信息的数量庞大，现有的规制理念及思路上的不清晰，导致一方面企业面对网络色情信息承担了过重的责任。而且一旦网络服务商、内容提供商等未能积极履行义务，当积累到一定的程度就会受到监管部门的严厉处罚。另一方面，现有的网络色情监管方法存在很大的缺陷，使其并不能达到有效遏制网络色情信息的目的。在实践中，有业内人士提到，“不问为什么，单从可行性上也有问题。判别网络色情的标准不清，在实践中把握存在难度。我特别希望给我们一个明确的标准，我们在打击色情的过程中做了很多的事情，但是标准非常不明确。比如明确地定义让我们怎么去判别，所以，我们对色情的判别就是组织几个

---

曲新久：关于网络色情问题的几点看法，参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10。

李丹林：英国的网络色情治理经验，参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10。

部门开会，把图片一遍遍过，让大家一起决议，这个是不是色情，如果是情色的话，色情有什么特点，我们写成一个规则让机器去区分。从规则来讲，当时给我们的规则就是引起挑逗意味的图片，大家就要判断这个是不是挑逗的。还有一个更宽泛的就是有害社会良俗的，很多宗教、艺术对社会是有价值的，对于这些文学，我们怎么去评判？包括以前一些比如古龙的小说、贾平凹的作品，在文学来讲还是艺术的瑰宝。所以，这一点非常难以判断。所以，希望在色情的概念上能给一个明确的表述，当然这个明确不能想象说一板一眼一个规则，最起码要比原来的规则更加准确一些，具有一定的可操作性。”这段话反映了在网络经营者中普遍存在的困惑。但是，网络经营者时常还要承受很大来自政府的监管压力。有人表达对此的看法，“现在有很多执法机关对互联网的认识慢慢也提高了，他知道瞄准重点，所以现在基本上说要抓一个互联网、管制互联网，他就瞄准这个平台企业，这是目前治理过程中政府觉得比较拿手的事儿。但是这样的—个结果就是平台的责任过重，已经超越了整个法律鉴定的范围，包括网络色情事实上也是，平台承担的责任过大。”其实，实行层面的困难不能完全归咎于技术提供者以及网站运营者，而是我们监管部门—开始对于网络淫秽色情信息的界定还不完善，治理思路存在偏差。所以，过度苛责于执行部门显然是不合理的，而且，如果使网络运营企业盲目行动反而会导致更大的资源浪费。

#### （四）我国网络色情淫秽信息治理的重点

##### 1. 从国家治理能力现代化角度谋划网络色情信息治理的新思路

国家网络安全与信息化小组成立后，重组了互联网信息办公室，国务院赋予其全国的网络内容管理与执法监督的权力，而且它是网络安全与信息化小组的具体执行机构。而从国家战略层面管理及监督执法使互联网的健康发展蕴藏着新的契机。所以说，对于网络内容的监管较之前也应进入“新常态”。网信办成立后不到—年时间，面对网络空间中的各类问题，及时出击，积极作为，出台了不少监管新规，立足“管得住、正能量”，在遏制网络不良内容传播方面确实取得了一定的成效。重组后的网信办对于网络内容监管与监督执法负有直接的责任。国家网信办专职副主任任贤良就曾提到，“中央新闻网站和主要商业网站是网民获取信息的重要入口，必须自觉承担起‘切断黄瘤’的责任。不仅要作出承诺，更要践行承诺。各网站要按照对涉黄信息零容忍的标准，制定具体措施，持续开展自查自

---

杨忠鹏.网络色情的判别标准需要明确.参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10.

王俊秀.网络色情目前的发展现状.参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10.

纠，着眼建立长效机制。”不过，网络色情信息是网络空间中的“顽疾”，而且，在治理层面，当前对色情淫秽的界定也是不清楚的，这直接导致网络色情淫秽信息的治理手段与目标无法协调一致，治理效果不佳。此次“风暴”对于相关企业的处理声势浩大，但这并不能从根本上减少淫秽色情的数量，更谈不上从根源上解决问题。因为往往“运动式”整治之后，色情网站很快又会死灰复燃，监管陷入恶性循环。所以说，对于网络淫秽色情治理也应当有新思路，对症下药。这就是要从国家治理能力现代化的角度，理解网络安全与信息化小组成立的使命，转变过去管理网络色情信息的惯性思维。一是对于网络色情信息进行深入研究，国家意志在治理中要找到合适的定位，对于该问题的解决要尽快进入适应国家治理能力现代化需要的“新常态”，而不是采取以往的权宜之计。二是在网络色情淫秽信息治理中摆脱“拍脑袋”决策的旧模式，真正掌握公众对于色情信息问题的关切点在哪里。由此出发，确立网络淫秽色情信息监管的目标与职责。这些正是从国家网络安全的视野下重新审视和谋划网络色情淫秽治理，提升政府的治理能力。对于网络色情淫秽信息的监管可以借鉴国际经验，但也要考虑本国国情。在淫秽信息治理问题上应当界定清楚政府与社会之间各自的责任，通过综合技术、法律等综合手段治理网络淫秽色情信息。一方面，政府通过刑法和行政法对于明确界定的确实具有社会危害的淫秽色情信息依法监管，坚守法律底线思维。政府在这方面应当“有所作为”，依法加强监管，从而达到“禁止向未成年人及不愿意接受的成年人散布色情物品，禁止散布硬色情。对向自愿的成人散布软色情的无被害人犯罪采取管理措施”的监管效果。另一方面，除了前面这些情形下权力需要强力介入之外，网络色情淫秽信息的治理更多地需要通过政府引导下的社会共同参与来解决，这就是“共治”理念的实践。监管思路确立之后，就应当建立网络内容分级制度，让公众掌握网络色情淫秽信息的控制权，由他们自己选择限定的范围，而政府主要是提供相关的技术支持与保障等服务。分级制度的实质是一种区别不同对象选择不同的管理方式，因此，也应包括对于学校、图书馆等场所强制安装过滤软件。结合中国的情况，政府在网络色情治理中，还可以借鉴新加坡的治理理念和方法，通过电视、报纸、政府网站媒体，以及选定一批网站要求其不得有色情信息，传播正能量。总之，政府应当根据分级制度背后“区别对待”的理念，不搞一刀切，而是从现实出发疏堵结合：区分愿意接受网络色情信息和不愿意接受的成年人，区分允许存在网络色情淫秽信息的场所（包括网络空间）与不允许存在的空间，由此针对不同情况摸索不同的治理方式，既体现了对于网络色情淫秽信息政府主动作为的态度，又要做到“有所为，有所不为”，确保“作为”

---

罗俊：将“净网”进行到底！. 2014年4月25日，人民日报。

董玉庭，黄大威：论传播淫秽、色情物品犯罪的刑事立法政策——以无被害人犯罪为视角. 北方法学，2014（1）。

的真正效果。

## 2. 推进网络色情淫秽信息监管的法治化是长久之策

网络监管法治化是依法治国的题中之义。法治化是国家治理能力提升的重要途径。对于网络色情淫秽信息的治理一定要依靠法治思维：无论是通过技术、行政权力、立法等何种手段都应当坚持基本的法治原则。

首先，我国宪法规定公民有言论自由的权利，治理网络色情淫秽信息即便是有利于保护青少年，也一定要在法治原则下将其对于成年人利益的侵害降低到最低程度。

其次，权力法定原则是法治国家一项基本的原则。面对网络空间，不能够将现实社会中的“权力”直接嫁接到网络空间，而是应通过网络立法重新确立政府在网络空间中监管权力的合法性。这就涉及网络不良信息监管中的权力部门，如行政、司法机关各自有哪些权力？权力部门对于网络经营者而言，又有哪些权力？党的十八届四中全会提出，推进全面依法治国，法治建设也逐步进入“深水区”，而网络淫秽色情信息监管权力的法治化就是需要面对和解决的深层次问题。

最后，还要加强和完善司法对于权利的救济，使网络不良信息监管中权利受到侵害的组织或者个人都能够通过法律途径争取自己的权利。

## 二、网络视听内容（境外影视剧、微视频等）的监管政策

广电互联网内容监管主要就是指对于网上视频服务的监管。尽管对于网上视频服务监管现在已经涉及工信部、国家网信办等多个机构，但是，广电在网上视频的监管中的角色非常惹人关注。广电这些年对于网络视听内容监管的举措体现在：一方面是通过推动各类规范性文件，明确了广电部门与相关参与主体之间的权利义务关系。这些法律文件主要包括三类。互联网视听监管类主要是《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》《互联网视听节目服务管理规定》及《广电总局关于加强互联网视听节目内容管理的通知》。网络视频、网络剧监管类主要有《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》《国家新闻出版广电总局关于进一步完善网络剧、微电影等网络视听节目管理的补充通知》。第三类就是网络境外剧监管，涉及《广电总局关于进一步加强和改进境外影视剧引进和播出管理的通知》《关于加强互联网传播影视剧管理的通知》《国家新闻出版广播电视总局办公厅关于加强有关广播电视节目、影视剧和网络视听节目制作传播管理的通知》等。另一方面，进入2014年，广电部门开展了一系列网络视频内容的监管行动，产生了很大的社会影响。这些举措主要包括对于网上境外剧监管加强，严格“先审后播”致使观众无法同步收看美剧以及单独出台针对涉毒艺人网络传播

内容的监管文件等。下面就从网上视频服务监管规范性文件的角度，通过对这些法律文件的梳理，从中管窥广电监管政策演化的脉络，揭示广电在媒介融合背景下对于网络空间监管的基本逻辑。再通过对其所暴露出的相关问题的分析，进一步探讨如何从法律层面完善广电对于互联网发展的监管。

### （一）广电互联网监管法规的发展历史

从 20 世纪末到 21 世纪初，随着互联网的发展，这十几年以来广电部门对于互联网及其内容的监管已经走出了一条相对清晰的路径。下面就从法律发展的角度对广电的互联网监管历程进行简单的回顾。

#### 1. 网上视听服务监管的相关规范

早在 1999 年，国家广电总局《关于加强通过信息网络向公众传播广播电影电视类节目管理的通告》发布，这是广电总局首次就互联网信息平台传播广播电影电视作品的行为出台行政规范，而且这是广电监管互联网电视节目的“大框架”。进入新世纪，2003 年 1 月 7 日国家广播电影电视总局令第 15 号公布《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》第二条界定了广电部门互联网视听监管的适用范围，“适用于在互联网等信息网络中开办各种视听节目栏目，播放（含点播）影视作品和视音频新闻，转播、直播广播电视节目及以视听节目形式转播、直播体育比赛、文艺演出等各类活动。”而且还特别提到“广播电视播出机构在广播电视传输覆盖网中开办广播电视频道播放广播电视节目的，由《广播电视管理条例》规范，不适用本办法。”这个表述说明广电开始将网上视频与电视频道中的节目区分开来，单独进行管理。在这份文件中不仅对信息网络、视听节目、信息网络传播视听节目、视听节目的网络传播者，信息网络经营者这些概念都进行了逐一地界定，而且指出“国家广播电影电视总局对通过信息网络传播的视听节目按以下四个类别实行分类管理，即新闻类、影视剧类、娱乐类（包括音乐、戏曲、体育、综艺）、专业类（包括科技、教育、医疗、财经、气象、军事、法制等）。”（第六条）而且明确规定，“国家广播电影电视总局对视听节目的网络传播业务实行许可管理。通过信息网络向公众传播视听节目必须持有《网上传播视听节目许可证》。”（第五条）从中可以看出广电对于视频监管内容持一种广义的理解，影视剧就是视频内容中非常重要的一种类型。特别是其中对于新闻视频内容的规定体现了广电对于新闻视频仍拥有监管权力，要求开办新闻类视听节目的网络传播业务除了要有国新办的网上发布新闻的资格，同时还需要持有《网上传播视听节目许可证》。而只过了一年多 15 号令就被废除，2004 年 7 月 6 日国家广播电影电视总局公布

---

该文件第八条规定“开办新闻类视听节目的网络传播业务，除具备本办法第七条规定的基本条件外，还应当同时具备以下条件：（一）经国务院新闻办公室批准，具有网上发布新闻的资格；（二）已取得从事娱乐类或专业类节目网络传播业务《网上传播视听节目许可证》3 年以上的机构”。

第 39 号令，不过，39 号令的名称依然是《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》。其中，对于视听节目的概念也做出了界定，并且重复了 15 号令中关于监管主体以及监管制度的规定。在监管主体方面，规定“(第三条)国家广播电影电视总局(以下简称广电总局)负责全国互联网等信息网络传播视听节目(以下简称信息网络传播视听节目)的管理工作。”同时，也明确了网络视听服务许可证制度。但是，2007 年 12 月颁布的《互联网视听节目服务管理规定》中对于监管主体的范围有所扩大，增加了“国务院信息产业主管部门作为互联网行业主管部门，依据电信行业管理职责对互联网视听节目服务实施相应的监督管理”。而这也随之引发了信息产业主管部门与广电在网络视频监管权力上的纷争。39 号令中，提出了系统的监管思路，即根据业务类别、接收终端、传输网络等项目分类核发许可证，这是看到了媒介融合背景下视频服务的复杂形态，同时这也为广电权力扩张打下了基础。此外，该文件还特别对新闻业务与互联网电视视频节目两类网络视频类型做了具体规定，新闻视频业务方面指出“依法享有互联网新闻发布资格的网站可以申请开办信息网络传播新闻类视听节目业务”。这依然是巩固了对于新闻视频业务的监管权力。2007 年底，《互联网视听节目服务管理规定》是由广电总局联合信息产业部共同发布，其中对于新闻类的视听节目做出了更加详细的规定。要求从事广播电台、电视台形态服务和时政类视听新闻服务的，还应当持有广播电视播出机构许可证或互联网新闻信息服务许可证。对于从事主持、访谈、报道类视听服务的，还需要同时持有广播电视节目制作经营许可证和互联网新闻信息服务许可证。对于从事自办网络剧(片)类服务的，规定还应当持有广播电视节目制作经营许可证。同时，严禁个人上传时政类新闻，未持有《许可证》的单位不得为个人提供上传传播视听节目服务。2009 年 4 月的广电总局《关于加强互联网视听节目内容管理的通知》中细化了监管内容的具体形式，要求服务单位完善节目内容管理制度和应急处理机制，承担起审核把关的责任(第三条)，并且强调网络视听业务的审批制度，从事相关业务需依法取得广播影视行政部门颁发的各类许可证(第四条)。

## 2. 与微视频、网络剧相关的监管规范

广电部门对于互联网内容监管逐步走向细化与深入，体现在对于不同类型的内容发布专门的规范性文件进行监管。同时，也反映出微视频、网络剧、境外剧成为近些年广电部门网络内容监管的重点。2012 年国家广播电影电视总局与国家

---

该文件“第六条 从事信息网络传播视听节目业务，应取得《信息网络传播视听节目许可证》(之前叫作网上视听信息传播许可证)。《信息网络传播视听节目许可证》由广电总局按照信息网络传播视听节目的业务类别、接收终端、传输网络等项目分类核发。业务类别分为播放自办节目、转播节目和提供节目集成运营服务等。接收终端分为计算机、电视机、手机及其他各类电子设备。传输网络分为移动通信网、固定通信网、微波通信网、有线电视网、卫星或其他城域网、广域网、局域网等。”

互联网信息办公室联合发布《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》，《通知》主要涉及六方面的内容。

（1）鼓励生产制作健康向上的网络剧、微电影等网络视听节目；

（2）强化网络剧、微电影等网络视听节目播出机构准入管理。从事生产制作并在本网站播出网络剧、微电影等网络视听节目的互联网视听节目服务单位，应同时依法取得广播影视行政部门颁发的《广播电视节目制作经营许可证》和相应许可的《信息网络传播视听节目许可证》。如果仅是从事网络剧、微电影等网络视听节目播出的互联网视听节目服务单位，应依法取得广播影视行政部门颁发的《信息网络传播视听节目许可证》。

（3）强化网络剧、微电影等网络视听节目内容审核。

（4）强化网络剧、微电影等网络视听节目审核队伍建设。

（5）强化网络剧、微电影等网络视听节目监管。

（6）强化退出机制。

该通知的重点是明确了如何对服务企业进行监管、服务商的责任以及服务商的工作内容。“先审后播”“建立和完善本单位网络剧、微电影等网络视听节目内容审核流程，严把网络剧、微电影等网络视听节目播出关，所有网络剧、微电影等网络视听节目一律先审后播”，明确主体要承担大众传媒的责任。2014年1月，《国家新闻出版广电总局关于进一步完善网络剧、微电影等网络视听节目管理的补充通知〔2014〕》发布。补充通知要求加强对网络剧、微电影的监管，个人上传的视听内容，服务单位要核实其身份信息。而且，对于服务商的监管也进一步明确，指出内容存在问题的可完善后播出。其中就提到，“有些节目虽然存在问题，但重新编辑后可以播出的，要立即联系节目制作机构重新编辑，重编节目经相应行政部门审核通过并形成统一版本后，方可重新上线。”另一方面，加强网络服务商的监管，重申要求生产制作网络剧、微电影应取得《广播电视节目制作经营许可证》，而且内容出现问题要按照《广播电视管理条例》《广播电视节目制作经营管理规定》（广电总局令第34号）予以处罚。对于自行播出网络剧的需要播出前完成节目信息备案和备案号标注工作，对于互联网视听节目服务单位自审自播的网络剧、微电影等网络视听节目，应在上网播出前完成节目信息备案和备案号标注工作。未按要求备案或未标注备案号的节目不得上网播出。可以看出，广电对于网络内

---

包括备案制度“互联网视听节目服务单位开设和自审的专业类视听节目栏目，应将审核通过的节目栏目名称、栏目内容概要等信息报本单位所在地省级广播影视行政部门备案。”

“《通知》要求互联网视听节目服务单位切实履行开办主体职责，承担大众传媒的社会责任，对播出的网络剧、微电影等网络视听节目负责。在节目播出前，应组织审核人员进行内容审核，审核通过后方可上网播出。”参见广电总局新闻发言人就《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》答记者问，新华网，[http://news.xinhuanet.com/local/2012-07/09/c\\_112394211.htm](http://news.xinhuanet.com/local/2012-07/09/c_112394211.htm)，访问日期 2014-11-2。

容监管更严，对于网络剧市场而言更是一记“重拳”。

### 3. 网络境外剧相关的规范性文件

电影领域的监管是三网融合背景下，广电监管权力向互联网的延伸、过渡。2007 年底发布《关于加强互联网传播影视剧管理的通知》主要内容是明确了广电部门对于互联网上影视剧管理的主体身份和责任，做出对监管主体权限的规定，“加强互联网站管理，依法开展视听服务。各地广电局要加强领导、明确职责、落实任务，通过多种方式向本辖区内网站传达总局管理要求，要努力做到让网站法人代表和本地电信企业各级分公司负责人熟知、掌握相关的管理规定和管理要求。”对影视剧播出的要求是，“用于互联网传播的影视剧，必须符合广播电影电视管理的有关规定，依法取得国家广电总局颁发的《电影片公映许可证》《电视剧发行许可证》或《电视动画片发行许可证》，同时获得著作权人的网络播映授权。”而 2012 年广电总局出台的《关于进一步加强和改进境外影视剧引进和播出管理的通知》主要从加强对境外影视剧引进立项和审批管理、加强引进剧播出管理等方面对境外剧的监管提出要求。虽然这个规定并非专门针对互联网上的影视剧，但是，如同《电视条例》一样，其依然会对广电部门对于网上影视剧的监管思路产生重要影响。此后，《国家新闻出版广电总局关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知》（新广电发〔2014〕204 号）的出台充分体现了广电部门对于网络影视剧监管的思路和方法。主要是提出了“30% 的引入比例”（单个网站年度引进播出境外影视剧的总量，不得超过该网站上一年度购买播出国产影视剧总量的 30%）和“先审后播”两大规定，一经推出就引起了不小的争论。“先审后播”制度最直接地体现了广电在三网融合中对于内容的监管延续原有监管模式的逻辑。“五、……专门用于信息网络传播的境外影视剧的网站，应当将本网站年度引进计划与上一年度年底经省级新闻出版广电局初核后，向国家新闻出版广电总局申报（中央直属单位所属网站直接向总局申报），包括拟引进影视剧的名称、集数、产地、著作权人、内容概要等信息，以及该网站上一年度购买国产影视剧的相关证明。国家新闻出版广电总局于每年 2 月 20 日前，将各网站申报的符合总体规划要求的拟引进境外影视剧相关的信息，在“网上境外影视剧引进信息统一登记平台”上发布，供相关的网站查询”，这个“先审后播”的规定就使境外剧的同步网络直播几乎不可能。网上境外剧播放实行引进的许可制度，“网上播出的境外电影、电视剧，应依法取得新闻出版广电部门颁发的《电影片公映许可证》和《电视剧发行许可证》等批准文件，并取得著作权人授予的信息网络传播权……。”不过，并没有直接照搬原有监管规定的一点是对于境外剧的审批。以前电视剧、电

---

《广电总局要求引进剧先审后播 同步看美剧成泡影》，参见浙江在线 [jx.zjol.com.cn](http://jx.zjol.com.cn)，2014 年 11 月 2 日。



影的审核需要到国家广电总局，而该文件中对此降低了门槛。此外，扩大了可以引进影视剧的主体范围。“依法取得国家新闻出版广电总局颁发的《信息网络传播视听节目许可证》，且许可项目含有第二类互联网视听节目服务第五项：电影、电视剧、动画片类视听节目的汇集、播出业务的网站，可以引进专门用于信息网络传播的境外影视剧。”

相较于《关于加强互联网传播影视剧管理的通知》，2014年发布的《国家新闻出版广电总局关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知》内容大幅度增加，表现出对于网络境外剧监管的重视，“通知”中主要延续了2012年加强境外剧管理的思路。不过，直接嫁接原有制度，使网络境外剧传播现在更严格了，导致部分境外剧无法同步这一大问题。但同时，在一些方面也有所突破，从而使规范能够适应技术及传播环境的变化。

## （二）广电网络监管的基本逻辑及问题

通过对广电网络规制规范性文件的研究，下面就可以对广电网络监管背后的逻辑做一点总结。

### 1. 从全面监管到突出重点，广电网络监管的问题更聚焦、更深入

此次对于境外剧的监管出现的“美剧下架”，一些媒体就指出这是广电部门对于2012年《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》中网络微视频、网络剧监管政策的落实，该文件第五条提到，凡在广播影视行政部门备案公示，但未取得《电影片公映许可证》《电视剧发行许可证》的电影和电视剧等，不得在网上播出。对于微电影、境外剧的监管之前都是包含在广电网络视听内容监管的一系列文件中。事实上，从广电的互联网监管规范的发展中，不难看出，的确遵循着从“总”到“分”的脉络。针对视听节目的监管类似于“总论”，该阶段主要是在2012年之前。如《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》（15号）、《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》第39号、《互联网视听节目服务管理规定》及《广电总局关于加强互联网视听节目内容管理的通知》。这些文件将不同类型的视听节目服务都纳入一个文件中，根据网络视听监管内容分成新闻类、影视剧类、娱乐类（包括音乐、戏曲、体育、综艺等）、专业类（包括科技、教育、

---

国务院1997年颁布的《广播电视管理条例》中规定：“用于广播电台、电视台播放的境外电影、电视剧，必须经国务院广播电视行政部门审查批准。”广电总局2004年出台的《境外电视节目引进、播出管理规定》（总局42号令）再次明确要求，由省级广播电视行政部门负责本辖区内境外影视剧引进的初审，总局负责境外影视剧的审批。而新规第六条依照“网上境外影视剧引进信息统一登记平台”发布的相关信息，各网站按年度引进计划与著作权人签订引进协议，签约后，将引进专门用于信息网络传播的境外影视剧的样片、合同、版权证明、剧情概要等材料，报所在地省级新闻出版广电部门进行内容审核，审核通过的发给《电视剧发行许可证》（注明专用于信息网络传播）。

医疗、财经、气象、军事、法制等)四大类。也有文件从网络服务组成部分的角度界定广电网络监管的范围,如广电总局按照信息网络传播视听节目的业务类别、接收终端、传输网络等项目进行管理,分类核发《信息网络传播视听节目许可证》。

但是,从2012年之后开始监管的趋势是不断地强化对微电影、境外剧的监管。广电针对互联网的监管范围更聚焦、重点更加突出。微电影、网络剧的监管方面,则是《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》《国家新闻出版广电总局关于进一步完善网络剧、微电影等网络视听节目管理的补充通知》的出台。影视剧监管方面是《国家新闻出版广电总局关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知》。其中,比较特殊的是《关于加强互联网传播影视剧管理的通知》,该文件早于2007年就已经颁布。广电部门这个监管政策发展的背后主要动因是2010年以后国家三网融合对于媒介统一监管制度的要求。随着不同主体的加入,使广电的网络监管需要进一步突出自身的特点与价值。直至今日,虽然在形式上网络内容是由不同部门共同管理,分工更加细化,但是,不同部门各自的权限范围还需要进一步加以明确。2007年底《互联网视听节目服务管理规定》是由广电总局联合信息产业部共同发布。2012年国家广播电影电视总局与国家互联网信息办公室联合发布《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》。特别是2011年5月,国家网信办成立其职能包括落实互联网信息传播方针政策和推动互联网信息传播法制建设,指导、协调、督促有关部门加强互联网信息内容管理等。2014年8月又传来网信办重组扩权的消息,国务院8月26日发布国办〔2014〕33号通知,称为了促进互联网信息服务健康、有序地发展,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护国家安全和公共利益,国务院授权重新组建的国家互联网信息办公室(简称国家网信办、国信办)负责全国互联网信息内容管理工作,并负责监督管理执法。国家网信办还同时加挂中央网络安全和信息化领导小组办公室的牌子,这就使其在网络信息内容的监管方面实质上是处在优势地位。在此背景下,广电部门的互联网监管既需要证明其存在的必要性,又要进一步将权力“聚焦”到自身的“长处”上。对此,就有媒体称,对于境外剧的监管仅是在证明其存在感,背后实质上是媒介融合背景下广电对于权力流失的危机和忧虑。

## 2. 从权力监管的“松紧”趋势来看,以趋“紧”为主

近年来广电网络视听内容的监管以及2014年广电的“限外令”引发了媒体上激烈的争论,有人认为这只是之前监管政策的落实,只具有象征意义,监管并未

2003年1月7日国家广播电影电视总局令第15号。

2005年《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》第39号。

强化。不过，更多的观点却认为这是广电监管更加严厉的表现。媒介环境的变化导致原有的社会关系发生了变化。社会公众从过去对于电视媒体的收视进入了三网融合背景下媒体使用的多屏时代，而这也是生产力发展的结果。技术的变革导致公众媒介的使用也在变化，他们对于媒体内容的选择也更加多样化，新媒体提供了多种选择满足了更多的需求。面对新“事物”，有人批评广电部门的“限外令”是一种“懒政”。境外剧由于多是季播，其生产机制是为了适应公众在媒介发达时代对于影视更高的需求，此时，监管政策如果一味地为了“审查”而对其发展加以限制，这就是以牺牲公民的文化传播权换取秩序的稳定，这本身就是值得探讨的。事实上，法律制度在生产关系变化时需要及时调整才能不被淘汰，而要解决这个问题需要在两种利益之间进行平衡，而不能按照权力思维随意地对社会权利进行限制。

### 3. 管理模式体现传承与创新结合的特点

媒介融合这个新形势给媒介的监管也带来新的挑战。对于这个挑战，广电将原有的视听内容监管模式和经验“嫁接”到互联网空间中，这是监管法规中一大“共性”。很多广电的法规直接适用于互联网空间的监管。《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》中提到，在网络从事生产制作并在本网站播出网络剧、微电影等网络视听节目的互联网视听节目服务单位，应同时依法取得广播影视行政部门颁发的《广播电视节目制作经营许可证》和相应许可的《信息网络传播视听节目许可证》。而且，在处罚时也要依照《广播电视管理条例》等过去电视节目的规范，因此对于网络视听内容遵循的是互联网与电视规范的双重约束。《国家新闻出版广电总局关于进一步完善网络剧、微电影等网络视听节目管理的补充通知》指出，广播电视节目制作经营机构生产制作网络剧、微电影等网络视听节目，节目内容违反广播影视有关管理规定的，主管部门要按照《广播电视管理条例》《广播电视节目制作经营管理规定》（广电总局令第34号）予以处罚。对于影视剧、电视剧原来是按照审批制，比如对于境外剧的引进数量等都有诸多限制，这些要求在广电部门对于互联网影视剧的监管中也逐步地体现出来。但是，监管规范也会根据形势变化进行一些调整，这个特点也非常鲜明。对于网络视听内容监管的最新趋势是，与其他网络信息内容的监管相类似，采取利用社会力量监管视听内容的传播，主要是发挥网络服务商的“审查”功能，再由广电部门备案。

---

体现监管宽松观点的，例如《广电总局解释视频新规：网播剧审查比较宽松》，表达相反观点的例如《“限外令”细化两规定 部分美剧再难同步播出》《网络境外剧新通知，或将改变世界影视圈？》《总局颁“限外令” 先审后播 四大规定影响剧迷（媒体解读境外影视剧）》。

### （三）广电网络内容监管的出路初探——对于视听监管法律完善的思考

广电互联网视听监管涉及机构、保障制度、法律等诸多方面的问题。通过上面对监管从法律角度的探讨和分析之后，接下来试着就如何通过法律的完善来实现媒介融合对于制度要求的目标谈一些看法。

一方面，应当重视权力的合法性问题。媒介融合时代出现的新问题迫切需要法律来规范发展中的问题，但是，这也不能够忽视“权力”合法性不足，甚至是权力的滥用问题。对于境外影视剧的监管导致影迷的权益受到损害，无法跟以前一样同步收看境外剧，对此就有人批评是管理部门“懒政”思维的表现。《互联网视听节目服务管理规定》中曾将民营企业排除在网络视听节目服务的资格范围之外，有人就指出这是逃避责任的做法。事实上，在媒体的监管领域长期存在着对于“被监管者”权利忽视的现象，而相关主体的缺席就很容易造成规范正当性不足的问题。“……在现行法律规范秩序的框架内，卫星电视事业的此种发展所本应保障的公民依据宪法而享有的‘知情权’、广播电视播出机构的媒体自由以及在其他国家颇受重视的广播电视领域中意见的多元化等价值却受到有意无意的轻视。”

从国外网络内容监管立法倾向来看，一般来说，对于网络内容的监管要轻于对媒体内容的监管。虽然我国在网络内容监管中，一些方面是有所放松，但整体趋势还是监管力度在不断地加强。比如，《国家新闻出版广电总局关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知》提到，引进的境外影视剧报所在地省级新闻出版广电部门进行内容审核，审核通过的发给《电视剧发行许可证》（注明专用于信息网络传播），这就是专门针对网络传播的规定，但在整体上，互联网视听内容的监管并不比媒体内容“宽松”。而在我们对于网络视听内容的监管呈现出权力不断强化的状况下，对于权力更需要从合法性、正当性、必要性等几个方面做好论证，满足设立权力的法定要件。因此，在新媒体环境中对于监管权力的延伸要充分说明权力的合法性。要特别注意保障公民的言论自由和传播权（比如设置权利的救济途径），这就要求广电部门在制定法规时将公众的利益纳入法规的制定过程中。

另一方面，规范的体系性、科学性、实效性问题。

首先，要健全监管的基本原则。

第一，从三网融合宏观政策的高度对于监管机构之间的权限做出协调，由国务院统一协调规范的制定，做到既有统筹又有明确的分工。按照国务院《三网融合总体方案》要求，2012年到2015年三网融合将在全国全面推广，“适应三网融合的体制机制基本建立，相关法律法规基本健全，职责清晰、协调顺畅、决策科

王斌：广电出台视频新规是为了逃避监管责任？，IT时代周刊，2008：Z1。

乔宇娟：论电视娱乐节目内容的行政规制，中央民族大学学位论文，2013。

学、管理高效的新型监管体系基本形成”。中宣部、信产部、国新办、文化部、广电总局、新闻出版总署等 16 个部委联合出台的《互联网站管理协调工作方案》详细规定了专项内容监管部门的分工。“按照 16 部委协调方案相关的规定，广电部门对互联网的监管职能定位于专项内容主管部门和前置审批部门。其中，专项内容主管对应内容监管，前置审批强调安全监管。因此，广电部门在互联网监管模式中处于内容监管的重要地位，以安全监管为根本要求。这是广电部门对互联网视听节目实施监管时要坚持的指导原则。”因此，广电部门需要在三网融合的监管法律制度当中结合互联网视听节目的特征找准自身的定位，在“顶层设计”中就突出监管的重点。

第二，对于网络视听应当建立与媒体视听不同的监管规则。“在美国，融合监管机构为联邦通信委员会（FCC）。FCC 内部设置了不同的部门分别对广播电视和电信实行监管，制定不同的规则。例如，在内容监管方面，对广播电视业监管严格，但对电信业则没有如此苛刻的要求。新加坡通过《广播法》对监管机构的权限划分做出了清晰的界定，广电、电信分业管理，权限划分泾渭分明，避免了多重管理给产业发展带来的束缚。同时，广电、互联网分别对待，对传媒和信息传播实行严格的管理，但对互联网产业的基本原则轻手管制，在内容管理上强调行业自律。”

第三，在规范设置上，倡导性内容与约束性规范应当并重。虽然对于互联网视听内容的监管需要权力的介入，也有其必要，但是从总体来看，目前的监管忽视了对于公民传播权利的保障和传播行为的鼓励。《广播电视管理条例》第三十四条，广播电视新闻应当真实、公正就具有引导电视新闻发展的作用，而在网络视听监管的规范中，对于网络上的新闻、电视剧、电影视听应当如何发展，以及对这方面如何加以支持的具体内容涉及的较少。

其次，法律规范中一些具体监管内容的缺失是网络视听监管的最大问题，要逐步细化和完善网络视听内容监管的标准。国家网络监管的基本原则是发展与治理并重，然而，实践中“一刀切”禁止的做法更容易管住问题，但却不能促进产业的发展。比如，对于网络剧的制作监管政策设置了严格的准入门槛，需要经过政府许可，但规范的不完善却可能损害一部分人的利益，甚至阻碍整个产业的健康发展。《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》发布后，有人就指出“一大批活跃在网络自制剧和微电影平台上的草根创作者对新政的反应要远比视频商业机构激烈。尽管他们面前仍有两条出路：一是自行办理许可证照，二是挂靠在有资质的机构名下进行创作。但不管走哪条路，都将面临制作成

参见《互联网站管理协调工作方案》，<http://www.sda.gov.cn/WS01/CL0306/10768.html>，检索时间 2014-11-3。

任军庆：《互联网视听节目监管模式研究》，《声屏世界》，2007（8）。

张伟，等：《三网融合下的视听新媒体监管体系研究》，《现代电视技术》，2011（10）。

本加大、人员短缺、周期拉长等困境，业务准入门槛的抬高的确令人忧心。”而且，这样对于“草根创作者”苛刻的限制就可能在执行中遇到困难。新媒体平台上的视听内容的特征是形式更多样、多终端传播、多主体参与以及产品的社会化传播，特别是在移动终端上的视听内容的制作与传播情况更是十分复杂，这都会给法律的执行增加难度。而要应对这个问题，就需要在规范制定中进一步明确网络自制剧、微电影的判断标准，针对不同的主体推出相应的监管制度。还有，对于网络视听中的低俗内容也应当明确标准，以及提出未成年网络视听内容分级的法律规范，行业、网络媒体、公民自律的规范等这些与网络内容监管相关的规范都需要逐步加以完善。网络视听内容作为一种新的社会现象和社会关系，需要逐步探索适合视听节目等网络内容自身特点的监管规范。

再次，还应当健全网络空间治理整体的法律体系。网络空间在整个社会中的地位与作用越来越突出，所以，在很多的法律制定中都将涉及网络内容的监管，而各类法律法规中与网络监管相关的内容对于减少网络上的不良行为，净化网络空间都有着非常重要的作用，是整个网络治理规范中不可或缺的部分。因此，要注意通过传媒法律之外的规范体系的建设来推动对于网络监管规范的发展。

最后，还需要加强对于网络视听内容的影响以及相关监管法律实施效果的实证研究，从而为法律制定和完善提供更多经验资料的支撑。法律不只是逻辑的推理，它需要经验的数据提供参考，而实证的数据能够帮助减少“失效”规范的出台，同时，也可以增强法律的“合理性”。

### 三、互联网电视及其内容的行政监管

2014年6月，广电总局发了关于立即关闭互联网电视终端产品中违规视频软件下载通道的函件（以下简称关闭函），禁止电视盒子预装视频APP及其他相关问题的软件，文件中点名批评了牌照方，同时也将通知发到了相关的企业。虽说是“关闭函”，其实质上是“整改令”，这从涉及相关企业的反馈中就能够看到。“整改令”直接下发到牌照方的主管单位，这体现出广电总局严厉、坚决的查处态度，同时，这也是净网行动的一部分。从媒体开始报道此事数月之后，“整改令”就收到了效果，各类视频APP及视频聚合软件、互联网浏览器软件的下载正在逐

---

常听：互联网影视产品的自制与“自治”，声屏世界，2012（9）。

一位不愿意透露姓名的互联网业内人士向记者爆料，事实上，广电总局的关闭函也发放到了小米和乐视等多家企业，只不过没有点名批评而已。“客厅新宠”互联网机顶盒撞上“监管墙”，网易财经，<http://money.163.com/14/0626/10/9VLJ4L2M00253B0H.html>。

从表面来看，此次动作是国家“净网行动”的一个举措，背后实则是广电总局对互联网电视及相关产品的监管趋紧的信号 <http://network.chinabyte.com/3/13022503.shtml>。

步消失。

而此禁令出台的依据是广电总局 2011 年颁布的 181 号令，虽然此次行动只是对于该政策的落实，但是，仍有人认为这是史上最严的网络视频禁令。181 号文发布于 2011 年，正处于三网融合试点第一阶段，该文件就规定，“互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。互联网电视内容服务平台只能接入总局批准设立的互联网电视集成平台上，不能接入非法集成平台。互联网电视集成机构所选择合作的互联网电视终端产品，只能唯一连接互联网电视集成平台，终端产品不得有其他访问互联网的通道，不得与网络运营企业的相关管理系统、数据库进行连接。互联网电视集成机构与互联网电视机顶盒生产企业合作生产的机顶盒产品，应在‘三网融合’试点地区有计划地投放，不得擅自扩大机顶盒产品投放的地域范围。”

### （一）互联网电视发展的现状——技术、法律、产业三维审视

#### 1. 市场需求是互联网电视产业发展的根本动力

随着数字技术的发展，OTT TV（Over The Top TV）业务应运而生，这是指基于开放互联网络提供音视频服务，即通过公共互联网向电视用户传输视频的一种新型视频服务。视频网站以 OTT 为传输形式，将视听节目推送至电视屏幕，电视上既能看到传统电视节目，又能看到视频网站的节目，从而实现了电视、手机、PC 等不同终端之间的转换。从主体角度来看，从事 OTT 业务的主要包括集成牌照方、家电企业、广电有线运营商、互联网企业以及电信运营商。自一开始家电厂商就是互联网电视发展最积极的推动者。从 2006 年开始，中国 13 家电视机企业成立了互联网电视联盟合作推动网络化电视的业务，2007 年 TCL 与腾讯合作最早推出网络化的电视产品，集成了腾讯的即时通信服务、在线相册和休闲游戏。2009 年，随着芯片产品的成熟，TCL 最先与 C2（芯片）和迅雷合作推出第一代网络电视产品。几乎各大电视厂商都加入到互联网电视业务的开发行列当中。“当前国内电视机企业已经形成共识，通过集成互联网功能与国外厂商产品形成差异化，走与硬件捆绑的服务模式才能有未来。”不过，随着 OTT 业务的逐渐成熟，国家广电总局自 2009 年开始也对互联网电视的发展加强了监管，其监管思路是“根据现行管理规定，规范互联网电视的发展。在总结 IPTV 和手机电视管理经验的基础上，通过集成播控和内容服务两个资质的认定，推动互联网电视有序地发

---

记者在访谈过程中发现，有用户提到屏幕上显示：“根据国家新闻出版广电总局互联网电视相关的管理规范，为用户提供绿色、健康的服务，将对系统进行升级”。参见《广电总局下“整改令”电视盒子内容缩水》，南方网，[http://ent.southcn.com/8/2014-10/08/content\\_109693971.htm](http://ent.southcn.com/8/2014-10/08/content_109693971.htm)。

刘洋：OTT TV 的发展阶段和业务模式研究，电信网技术，2013（1）。

邵坤：互联网电视的发展及对传统电视业的影响，新闻界，2011（2）。

展。”此次，虽然“整改令”是针对“盒子”的，但产业链相关各方都在解读此次行动的背后意图，甚至一些已经有所反应。广电总局发函关闭互联网电视盒子视频客户端后，彩电厂家提前停止预置视频客户端。而长期以来，家电企业预置商业化视频客户端（包括其他各类软件），甚至是预留功能让用户可以直接从公共网络上下载相关的应用，这是比较普遍的现象。虽然此次监管对市场已经产生了一些影响，但从长远看，家电厂商在电视上预置客户端或者开放用户自己从互联网下载客户端的功能仍将对广电监管政策得以有效执行的最大挑战。

从市场情况和国家互联网电视监管政策的发展趋势来看，“盒子”仍将是今后广电部门监管的重点。这是为什么？对于盒子而言，广电总局是管制或者整顿，而不是“封杀”。电视盒子即互联网电视机顶盒，是一种介于传统电视和智能电视之间，能够将互联网内容投射到家用电视机上，从而使传统电视智能化的小型计算终端设备，因其外观类似盒子，所以叫作电视盒子。电视盒子主要有以下优势。

第一，用户只要简单地通过 HDMI 或色差线等技术将盒子与传统电视相连，就能在传统电视上实现网络视频播放、应用程序安装等功能。盒子是传统电视向互联网电视转换的桥梁，它能够实现传统电视的升级，使用户可以轻松获得大量的网络视频节目。

第二，通过盒子观看互联网视频节目，使用的是无线或者有线的互联网流量，从而节省有线电视的费用，这对于很多年轻人是很有吸引力的。

第三，盒子的内容“入口”地位，使企业可以成为内容的“把关人”，更好地达到自身的传播目的。盒子被当成是企业进行品牌形象塑造、内容传播以及资源整合的平台，这就导致市面上的电视盒子各有其特点。边锋盒子依靠浙报传媒的强大新闻实力，能将最新资讯实时推送到用户面前，使用户不用切换电视模式便可获知天下大事。乐视盒子以海量正版片源作为强大的内容支撑。彩虹盒子以电视屏幕上的购物体验为卖点。天猫魔盒凭借其电商优势主打网购体验吸引用户。小米盒子通过与小米等手机互联，成为小米手机最发烧的配件。这些都是盒子产品的差异化特色，当这些特色受到消费者认可后，电视盒子将更有生命力。由此可见，盒子通过自身的优势，做出特色，更加个性化地满足用户的需求，这就类似于 PC 上网时的门户网站，作为互联网的入口，对用户的行为进行引导，从而实现人群的聚合。还需要说明的是，盒子作为技术发展与市场竞争的产物，同时也为监管的便利化创造了更好的条件。上面所提到的提供盒子及相关服务的企业为了获得更为优质的内容，就会对接入电视的内容进行自我监管，它们也将成为实现三网融合后互联网内容管理最重要的力量之一。

---

邵琤：互联网电视的发展及对传统电视业的影响，新闻界，2011（2）。

诸葛达维：电视盒子：我的未来不是梦，传媒评论，2014（5）。



## 2. 技术是互联网电视发展以及未来监管的关键性要素

除了上述的参与主体外，技术服务商在互联网电视产业的发展中也具有重要的作用。互联网电视的一项核心技术是互联网电视的操作系统。芯片巨头英特尔公司与谷歌合作推出具有搜索引擎和浏览器的 Google TV 电视操作系统，索尼公司和三星公司开始在北美地区生产基于 Google TV 操作系统的互联网电视产品，此类产品如果进入中国市场必将影响中国现行集成播控的互联网电视管理与发展模式。芯片也是互联网电视终端十分重要的技术，而技术的发展能够对监管产生重要的影响。有人就认为，“芯片厂商提供底层的驱动程序、中间件和参考应用，为电视机企业提供完整的解决方案。目前大多数电视机企业在芯片厂商提供的参考设计上修改不同的界面快速推送到市场。芯片提供商在互联网电视的产业链里扮演非常重要的角色，因此建立可管、可控的互联网电视终端需要密切与芯片厂商的合作”。目前，在互联网电视的监管中，技术的发展也是相当重要的方面，广电总局要求“不能与未经广电总局批准的互联网电视集成平台相连接，不能采取开放式连接”，这就为监管提供了技术上的支持。总之，技术是互联网电视发展与监管中的一项重要因素，是现实互联网电视发展可管可控目标的有效途径，所以是政策制定中必须考量的要素。

## 3. 法律监管权力主导，呈现“重监管轻引导”的政策逻辑

很多业内人士认为，此次整改令并没有新意，而是对于之前颁布的 181 号令的执行。对于互联网电视的发展广电总局至今已经发布了多项法令。2009 年，总局下发《关于加强以电视机为接收终端的互联网视听节目服务管理有关问题的通知》，在这个通知中就提出并确保传播视听节目内容可管、可控。“内容可管、可控”这个要求此后也一直坚持下来，可见行政主管部门监管思路的稳定性。紧接着，在 2010 年总局颁发《互联网电视内容服务管理规范》《互联网电视集成业务管理规范》，上述规定中明确提到互联网电视的播出必须通过链接由广电总局批准的互联网电视集成平台商，而内容也必须是来自广电总局授权的内容牌照商，或者是允许与这些内容牌照商合作生产的内容。这样就使电视终端来自互联网的内容是在现有的集成、内容的平台和制度框架内有序地发展，从而确保网络电视可管可控的政策目标。目前批准的内容服务牌照商共有 14 家，包括电影卫星频道节目制作中心、城市联合电视台 CUTV、北京台、云南台、山东台、湖北台、江苏台、CNTV、百视通、华数、南方传媒、湖南电视台（芒果 TV）、中国国际广播电台（CIBN）、中央人民广播电台（其中的 7 家内容牌照商同时是集成播控牌照商）。2011 年 7 月，总局下发《关于严禁通过互联网经机顶盒向电视机终端提供视听节目服务的通知》，要求视频网站立即开展自查整改，自行关闭互联网电视

平台，停止一切销售、宣传活动。2011年12月，广电总局下发《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》（广办发网字〔2011〕181号）。可见，这些文件之间是层层递进的，后面的文件是对前面相关要求和问题的逐步细化、明确以及对于相关要求的落实。

广电总局对互联网电视以及盒子监管反映出的是在权力主导下推行的“重监管轻引导”的政策逻辑。2009年，总局下发《关于加强以电视机为接收终端的互联网视听节目服务管理有关问题的通知》提到，“二、开展以电视机为接收终端的互联网视听节目集成运营服务，应当建立具有节目播控、节目导视、版权保护等功能的集成播控系统，健全节目内容管理制度、安全保障制度和应急处理机制，确保所传播视听节目内容可管、可控。”可以看出该规定中已经提出了通过集成播控和内容服务两个方面进行管理的具体制度。该制度的核心是强调通过许可方式管控播放、内容权限由此实现进入电视（在电视上播放的互联网内容）的互联网内容的权力监管，从而确保通过电视所播放的内容都是广电部门可管、可控的。2010年，总局颁发《互联网电视内容服务管理规范》中对于持有内容平台牌照机构的运营制定了详细的规范，“持有‘互联网电视内容服务’牌照的机构，必须建有安全、可靠、可管、可控的互联网电视节目服务平台，节目服务平台只能与持有‘互联网电视集成业务’牌照机构所建设的互联网电视集成平台相连接，不能与未经广电总局批准的互联网电视集成平台相链接，不能采取开放式链接。持有‘互联网电视内容服务’牌照的机构播放节目的播出方式、节目内容，不得超出许可证规定的范围。”与此类似，在《互联网电视集成业务管理规范》中对于持有“互联网电视集成业务”牌照的机构开展业务的要求做出了具体规定。作为前面文件的延续，2011年发布的181号令《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》主要涉及四方面的内容。

（1）对于互联网电视集成业务管理要求更加具体，其中“互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。”还有，“目前阶段，互联网电视集成平台在功能上以支持视频点播和图文信息服务为主，暂不得开放广播电视节目直播类服务的技术接口。”这两条内容禁止不同平台之间的互相转换，而且不开放直播服务接口也体现了政策对于现有广电直播的一种保护。

（2）明确了对于互联网电视内容服务管理的具体内容包括审查范围、标准、机制等。而且也要求“互联网电视内容服务平台只能接入到总局批准设立的互联网电视集成平台上，不能接入非法集成平台。同时，内容服务平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接”。

---

邱庆峰，何巧琴：网络电视发展的政策解读，山东视听（山东省广播电视学校学报），2005（5）。

（3）明确了业务运营要求特别是各方的责任：“互联网电视集成机构和内容服务机构在业务开展中各自承担相应的审查把关责任，集成机构主要负责审查所接入的内容服务平台资质是否合法，但不负责对具体的节目进行播前审查。内容服务机构负责审查其开办的内容服务平台上的节目是否符合相应内容管理、版权管理要求，对具体的节目要进行播前审查，承担播出主体责任。内容平台的合作方负责对自身所提供的节目内容和版权进行审查，向内容平台承担相应的责任。”

（4）对于互联网电视机顶盒等终端产品管理提出具体要求。如“互联网电视集成机构所选择合作的互联网电视终端产品，只能唯一连接互联网电视集成平台，终端产品不得有其他访问互联网的通道，不得与网络运营企业的相关管理系统、数据库进行连接。”这应当是此次对于“盒子”发布“关闭函”进行整顿最主要的政策依据。

广电总局互联网电视监管政策的出台为其实施监管提供了法律上的依据。自从互联网电视兴起之后，广电总局对其发展加强监管的立场从一开始就是明确的，但是其监管规范与互联网电视市场的发展之间始终处在一种“竞赛”的状态。早在2006年盛大盒子就夭折于2006年的一纸封杀令。2009年Netflix将OTT应用于视频传输，揭开了OTTTV扩张的序幕，2010年Google与Apple公司均推出OTTTV设备。也正是在这一年，国家广电总局开始着手出台互联网电视相关监管规范，2011年广电总局办法181号文出台。但整个产业的发展却在加速，盒子的发展并没有停止，反而更加迅猛。“2012年小米推出互联网电视盒子，11月22日被广电总局叫停；12月乐视推出互联网盒子工程机；2013年1月28日小米宣布与CNTV战略合作，在上海、杭州、长沙试点小米盒子；同年4月1日乐视推出新一代互联网电视盒子。自此OTTTV盒子大战拉开序幕，除小米盒子、乐视盒子外，市场上出现海美迪、开博尔、美如画、百视通、清华同方、创维、天敏、TP-Link、迈乐、我播、亿格瑞、华录、威堡、杰科、忆捷等数十款互联网电视盒子，百度、快播等更是直接推出U口网络电视棒，大量基于安卓系统的山寨盒子也开始兴起。2013年下半年不仅是百盒大战，而且互联网电视也是快速发展，乐视、海尔、海信、创维、TCL、长虹等诸多电视厂商也开始将电视卖点由原来的护眼、高清、3D等感官指标转移至OTT服务上，云电视客厅角逐战愈演愈烈。可以说，正是在这个互联网电视与电视盒子发展如火如荼的形势下，2014年6月广电总局的关闭函出台。

分析广电总局的监管思路可以发现，对于盒子的监管是重点，也容易取得效果。而对厂商的监管也将是今后广电部门针对非法客户端实施监管的一个重要组

---

白亮，等：OTTTV时代广播电视直播业务的现状、发展与监管研究，广播电视信息，2014（3）。

成部分，但在相关技术已日趋成熟的条件下，政府监管面临的困难会越来越多。“苹果 AirPlay 等无线互联协议让多屏共享趋于简单，三星也发布类似的 Swipe Lt 协议技术。可以预期，客厅屏幕共享必将成为趋势，OTT TV 纵使绝禁广播电视直播软件也无法屏蔽互联网移动设备在电视上的投用。甚至随着技术的发展，手机、平板电脑完全代替遥控器对电视互动操作也十分可能……”。如果用户自己从互联网中下载客户端或者直接将其他地方的软件上传到电视上进行使用，如何监管？这种监管是否会侵害公民的传播权利？这可能都是更为重要的问题。在 OTT 业务野蛮生长的过程中，广电总局为了监管的需要，被动地使出“杀手锏”——推出了一个又一个的法规文件。对于国家的一项监管制度规定而言，监管的必要性与可行性，即如何有效监管是互联网电视发展到现在必须回过头认真思考的问题。

## （二）“关闭函”法律层面的相关问题讨论

此次“关闭函”中对于整顿理由是这样阐述的：“据核查，你省华数传媒公司在推出的‘天猫魔盒’互联网电视机顶盒中，载有爱奇艺、搜狐视频、优酷等商业视听节目的客户端软件及电视猫、泰捷视频、兔子视频等视频聚合软件和互联网浏览器软件。为政治有害、淫秽色情和低俗不良节目及侵权盗版节目大量进入电视机提供了技术支持和通道，严重违反了中央要求和总局相关的管理政策。”并且要求：“浙江电视台和杭州市广播电视台履行互联网电视平台开办主体的责任，组织华数传媒公司进行整顿，将载有互联网电视终端产品中各类商业视听网站客户端软件、视频聚合软件和互联网浏览器软件，立即予以技术处理，在未完成整顿之前，不得发行新的互联网电视终端产品，如果网上有害节目通过载有华数互联网电视集成平台的终端产品进入电视机的问题不能得到有效解决，要追究开办者的责任。”此外，在总局网络司下发给上海市文化广播影视管理局的关闭函中，也有相似的内容，“在百视通推出的小红互联网电视机顶盒中，载有优酷等商业视听节目网站客户端软件，为大量未经国家批准的境外影视剧及含色情内容的微电影、网络剧等节目进入电视机提供了技术支持和通道，严重违反了中央要求和总局相关的管理政策。”文件中几乎都提到了这些牌照方机顶盒中存在的盗版、低俗、色情、未经批准的境外剧等不良节目内容，未能履行对其中商业视听网站客户端软件、视频聚合软件和互联网浏览器软件的监管职责。从中我们可以清楚地看到广电部门监管的理由之一是出于内容安全方面的考虑。不过，文件中所透露

白亮，等：OTT TV 时代广播电视直播业务的现状、发展与监管研究，广播电视信息，2014（3）。

此前的相关文件中还提到监管制度具有保护知识产权、他人合法权益的作用。“近期，一些企业为谋取不当经济利益，未经行业主管部门批准和著作权人授权，擅自将互联网上的影视剧等各类视听节目，随意传送到电视机终端供用户收看，严重侵犯了著作权人的合法权益，扰乱了互联网视听节目传播秩序。”参见《广电总局关于加强以电视机为接收终端的互联网视听节目服务管理有关问题的通知》。

出来的还有另一方面含义就是对内容播放资格的限制。“早在6月底（2014年，著者加），国家新闻出版广电总局（以下简称广电总局）发函禁止浙江、上海两地电视盒预装未经审核的视频APP，并要求两家牌照方华数和百视通进行整改。之后再度发文，要求部分互联网电视集成播控平台取消集成平台里直接提供的电视台节目时移和回看功能。7月11日和15日，广电总局分别约见央视、央广、国广这中央三大台领导及广东、浙江、湖南、上海四大台及地方局，就当前的互联网电视管理与经营工作存在的问题和整顿方向及时间提出了明确的要求。”那么，此次监管的目的是要取消盒子里的商业视频客户端还是要求其进行整改至少在6月份的这次通知当中还是有些模糊的。所以，也才有“关闭”还是“整改”的不同解读。现在看来，此次关闭函虽然是针对牌照方发出的，但是，与牌照方合作的相关互联网内容服务商却纷纷表示自己正在进行内容的整改，显然，关闭函给大量的商业化视频网站增加了通过与几家牌照方的合作发布内容的难度。华数传媒在给媒体的回应中也提到，“华数传媒和阿里合作推出的天猫魔盒中，载有爱奇艺、搜狐等客户端软件、个别视频聚合软件等问题，经核查主要是因为目前采用的智能操作系统，具备开放性技术特征，用户可自行安装独立的应用商店和下载第三方应用客户端。对于存在的问题，华数已进行整改，通过强制通知下线及终端升级限制用户自行下载第三方应用商店，保障互联网电视的内容安全。”通过上面的分析，能够看出“关闭函”所针对的并不仅仅是内容的问题也包括牌照方对于监管的“失职”，对于互联网电视上传播行为的管理不严以及出于对现有电视播放秩序和利益格局的维护。如果说对于内容安全、著作权等进行监管理由有其合理性，那么，对于传统广电利益的保护是否就有必要？下面就针对互联网电视监管的正当性，特别是其中的几个问题从法律角度展开探讨。

### 1. 审播监管法律不完善

从审查制度来看，三网融合在技术层面已在逐步融合，在政策上也已经给予确认。市场的发展促进了技术的进步，公众对于不同终端之间的内容转换存在着现实的需求，作为一项政策如若不顾及现实，仅仅是以规定来人为地“堵”而不是“疏”，政策将难收实效。有人就认为，三网融合已经多次写入国家政策，将

---

吴纯勇：重生中的中国互联网电视行业，通信世界，2014（20）。

关闭函发布之后，乐视网回应称，“公司自有内容储备丰富，关闭函对视频业务影响有限，但对互联网业务将产生较大影响，会影响互联网产品的安装、预装等环节，解决办法还在讨论中，公司也将对违规内容进行审查、整顿。”同时，记者调查也发现，一些应用被屏蔽，无法使用。

刘小珊：传广电总局“关闭”盒子“天猫魔盒”已进行自查，南方周末，2014-6-24。

有人就说，鉴于互联网盒子与互联网电视均具备DLNA与AirPlay的无线跨屏播放功能，“关闭函”对于聪明的中国人民“那都不是事儿”。除非有关部门将这两个技术禁绝，顺便将WiPlug封杀。参见《广电总局再出手，谁会杯具？》，虎嗅网，<http://www.huxiu.com/article/36170/1.html>。

互联网电视局域网化管理已经落后，将互联网电视和视频网站的管理割裂，互联网电视不能包含包括政治有害、淫秽色情和低俗不良、侵权盗版、未经国家批准的境外影视剧，而对视频网站默认放行是一种懒政。还有，电视机作为互联网输出显示的屏幕，已被广泛使用，没有互联网电视盒子，并不能真正‘堵住’电视连接到互联网这条路”。这里所反映出的就是政府对于互联网电视管理思路中的问题。而在互联网内容海量化的现实面前，依靠社会组织来实现对互联网世界的管理这应当是唯一可行和有效的出路。从 2009 年开始，广电总局自建集成发布平台，依靠自有体制内的“广电管理力量”对互联网电视进行监管。但是，这个思路最大的问题在于没有认识到互联网发展本身的特征，既是技术上的一次革命，也是一次社会革命——公民权利的解放，而之所以需要不断地发布禁令，甚至逐步陷入监管无力的境地这一切的根本原因就在于缺乏互联网思维，而互联网电视迫切需要通过全新的思维和方式加以管理。管理思路的调整，就包括重新认识围绕互联网电视发展中，政府与公民、政府与其他社会组织，社会组织与公民等之间的相互关系。不然，政策的执行由于认识无法统一就很难产生实质的效果，文件就成了两张皮，很容易出现各方不同解读的现象。此次关闭函，从内容来看是要求“将载有互联网电视终端产品中各类商业视听网站客户端软件、视频聚合软件和互联网浏览器软件，立即予以技术处理”，这个要求是比较模糊的。对此有人这样理解。“关闭函”令使还未出产硬件的视频网站（优酷、搜狐等）失去了家庭互联网的重要出口，原来妄图以“合作”形式提高流量和收入的想法将因此而受挫；“关闭函”虽然意在禁绝 APP 泛滥，令各家电视盒子回归“差异化竞争”，但可令其对传统数字电视等对手的威胁大大缩小。但是作为商业视频网站而言却有着不同的解读，将其仅仅看成是一次“净网”行动。但从上面提到相关规定中对审播的要求来看，对商业化视频直播节目是明令禁止的。应当说，政策是明确的，但是三家商业视频网站对于此次监管要求的理解却是存在差别的，这背后的原因值得政策发布者思考。此外，作为一项政策，姑且不提在禁止技术要求上是否可行，单从其合理性来考量，也是不够充分的。为什么公民不能通过盒子下载第三方应用？难道担心非法内容的产生，就要因噎废食，让公众承担巨大的损害还是别有他图？

《专家批以淫秽盗版名义关闭 OTT 盒子是懒政》，参见，飞象网，<http://www.cctime.com/html/2014-6-25/2014624175468674.htm>，2014 年 6 月 25 日。

参见《广电总局再出手，谁会杯具？》，虎嗅网，<http://www.huxiu.com/article/36170/1.html>。

关闭函发布后天猫方面昨日向北青报记者澄清，已经购买并安装的盒子，正常使用不会受到影响：“不是网络传闻说盒子都不能用了，而是禁止安装其他网络视频客户端。”参见《广电总局发禁令 视频盒子突被叫停有何玄机》，新华网，[http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-06/25/c\\_1111299285\\_2.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-06/25/c_1111299285_2.htm)。

“广电和新闻出版总局现在强化电视上网禁令并不是像外界想象的那样是为了捍卫面临严峻挑战的传统电视机顶盒和传统电视节目的影响力，而更多的是针对网络视频的种种乱象，是出于‘净网’的考量。”从中看出对

## 2. 内容管控体系未形成

在互联网电视监管的相关政策中，内容的审查范围不仅仅是视频还涉及其他互联网服务，所以，应当统一规划，以整体性的治理思路出台具有针对性的监管举措。从未来三网融合的趋势来看，对于内容的监管是重要的方面，而且也有特别重要的作用。网络内容监管包括新闻内容（包括新闻视频）、视频内容以及其他服务内容，而涉及的网络内容不同，监管也应采取不同的监管模式，这也是我国网络内容监管的基本模式。对于一般性内容而言，采取的主要措施是依靠行业协会、公众举报等社会力量为主，通过向社会倡导正面的网络行为，依靠公民自律、道德的约束治理网络中出现的问题。严守“七条底线”（即法律法规底线、社会主义制度底线、国家利益底线、公民合法权益底线、社会公共秩序底线、道德风尚底线和信息真实性底线）以及遵循“九不准”的要求。而对于一般内容中性质严重的违法行为则依据相关的法律进行追究，对于个别法律无法追究的现象也只能通过立法加以完善。此外，针对不同类型的网络内容也设置了相应的监管规范和制度。对于新闻内容的监管，因为新闻的特殊性，对于涉及新闻传播的机构在设立上具有严格的限制，即设置了审批程序，对其内容生产的管理比较严格。在视频内容管理方面，我国广电业监管的两个基本考虑因素如下。

（1）准入机制，包括行业准入和技术准入。

（2）内容监管，包括事前审查和事后监督。

传统广电的监管实行二者并重，以行业和技术准入为门槛，以内容审查和监督为方法，实现广电业的社会政治监管目标。2007年《互联网视听节目服务管理规定》中**第七条规定**，“从事互联网视听节目服务，应当依照本规定取得广播电影电视主管部门颁发的《信息网络传播视听节目许可证》（以下简称《许可证》）或履行备案手续。未按照本规定取得广播电影电视主管部门颁发的《许可证》或履行备案手续，任何单位和个人不得从事互联网视听节目服务。”应该说，对于网络上从事视听内容服务与从事新闻服务一样设置了事前的审查程序，进行事前监管，而对于新闻视频节目内容的信息生产与传播就设置了更高的要求。“互联网视听节目监管从本质上讲属于互联网内容安全监管。从世界范围看，互联网内容安全管理是一项庞大的工程，它不但需要多种技术手段，而且需要全社会的共同参与，需要一定的法律法规来约束。目前，以互联网视听节目监管为代表的互联网内容安全监管是全世界范围内政府监管面临的一个新课题，各国都处在不断摸索的阶

---

此事的确存在各种不同的判断。《广电总局发禁令 视频盒子突被叫停有何玄机》，新华网，[http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-06/25/c\\_1111299285\\_2.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-06/25/c_1111299285_2.htm)。

参见《互联网信息服务管理办法》第十五条规定。

我们最近几年要制定六部法律和一部行政法规：电信法、网络安全法、电子商务法、个人信息保护法、互联网信息服务法、电子政务法和未成年人网络保护条例。

段。在现有互联网运行机制的基础上，借鉴既有的广电监管模式，充分考虑互联网视听节目传播特征，是建立有效监管模式的最佳途径。”尽管针对互联网视听节目的监管问题依然还在探讨之中，但问题是，进入互联网电视领域之后，这个终端能否按照“互联网”原有的规范来管理？这就是一个更为棘手的问题。有人指出，未来互联网传说中的 292 号令对于互联网电视监管将采用传统电视的监管模式，当然从之前的管理规范中也能看出其基本上延续了原有的管理模式。但是，互联网电视上存在的信息服务，涉及了互联网中所有类型的内容，包括新闻、视频、一般资讯和服务，等等。对于互联网电视而言，播出前的审查、内容的专门管控是否有必要？对此，就需要有足够的理由和依据。一般性应用在互联网电视上的传播目前是广电总局严格禁止的范围，凡是没有经由给予牌照的播放平台播出或者非持有牌照内容方提供的内容，在电视终端运行的应用都在广电总局的查处范围之内。而这个宽泛的监管范畴，一方面增加了监管的难度，另一方面也引发社会对于广电权力膨胀以及维护部门利益的质疑。2009 年，总局下发《关于加强以电视机为接收终端的互联网视听节目服务管理有关问题的通知》，此时监管对象针对的是视频，而 2010 年总局颁发《互联网电视内容服务管理规范》《互联网电视集成业务管理规范》以及 2011 年 12 月，广电总局下发《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》都将范围扩大到了一般的应用，互联网上的各类服务被大幅度地限制在了电视终端之外。181 号中“互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。”这就使对于互联网电视的管理范围大大超出了新闻、视频这些特殊网络信息内容播放的限制条件。甚至，规定新闻之外的节目还要与广电机构合作才能够播出。“互联网电视内容服务中，新闻节目点播服务仅由广播电视播出机构开办，影视剧点播服务和图文信息服务可以由广播电视播出机构与拥有版权资源的机构合作开展。”不难看出，在互联网电视平台上针对不同类型内容的监管没有建立相应的制度，而是一概地按照传统电视的管理模式进行限制。由此不难看出，三网融合的方向已经确定，但监管制度没有融合，这就迫切需要制定统一的网络内容管理办法——在监管制度、措施方面都应当有所涉及。三网融合当前阶段最主要的任务就是要解决“文本规范”的对接问题，应当从统一立法入手，为三网融合提供可靠的法律制度保障，而统一立法有利于解决主体混乱、标准不一、效果不理想的问题。因此，三网融合过程中内容监管政策本身如何规范和统一，将日益成为有待解决的问题。

### 3. 规范与发展的冲突

市场化的初期，政策在规范的同时也要注重对于产业发展的扶持。奥维咨询的调研报告表明，2011 年中国智能电视的年出货量将突破 340 万台，互联网电视

---

任军庆：互联网视听节目监管模式研究，声屏世界，2007（8）。



保有量将达到 1700 万台，而 2014 年互联网电视渗透率将上升到 80%。有人认为，广电总局颁布 181 号令代表着对于互联网电视管理理念从单纯的禁止转向了鼓励支持。“今年 7 月，广电总局一度下发《关于严禁通过互联网机顶盒向电视机终端提供视听节目服务的通知》，要求视频网站立即开展自查整改，自行关闭互联网电视平台，停止一切销售、宣传活动。不过，行至 2011 年年末，互联网电视产业却得到了一个利好消息，近日国家广电总局下发的《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》（广办发网字〔2011〕181 号）文件显示，广电总局决定改变以往通过叫停规范互联网机顶盒的方式，转而引导该产业的发展。”显然，这种判断是稍显乐观了，通过上面对于近期广电总局相关政策内容的分析来看，其重点还是在于管制，而很难看到在规范层面如何促进产业的发展。而且，还有一种说法认为，当前的关闭函只是强化监管的前奏，后面还会有针对客户端及其他主体的监管措施出台，这种预测也不是没有可能。广电对于 OTT 业务的监管先是互联网电视后是盒子的监管，后面会是所有终端内容的监管，这个逻辑是比较清晰的。不过，在这个过程中也需要考虑企业的合法权益，而不能为了监管而监管，甚至是权力合理性、合法性等问题尚未得到充分说明的情况就急于推出。此外，从已经发布的互联网电视的相关规范来看，其重点还在于“管制”，而对于如何从市场角度引导互联网服务企业更好地为消费者提供服务，如何对三网融合保驾护航，这一方面还很难看到有何突破。从公众和社会的利益来看，他们对于网络不同平台之间的自由使用是存在需求的，对他们而言，互联网电视作为“一屏”也应当包含新闻、视频等各类优质的信息服务，而目前的互联网电视的监管政策无法满足公众在多媒体环境下养成的媒介使用习惯以及他们对于工作、生活的需求。如果互联网电视的管理模式无法更新，久而久之，电视终端的用户就会流失，现有广电的利益也会萎缩。而生产力是生产关系变化的根本动因，这就要求政策制定方需要与时俱进地适应媒介的变化，在电视终端的监管过程中制定促进而不是阻碍技术发展的政策。

## 四、互联网信息搜索服务监管的法治化

根据有关机构发布的研究数据显示，2015 年第四季度中国搜索引擎网民规模为 56 991 万人，网民使用率为 82.3%；用户规模同比增长 4 446 万人，增长率为 8.5%；环比增长 1870 万人，增长率为 3.4%。而到了 2016 年第一季度中国搜索引擎网民规模达 59023 万人，网民使用率为 85.7%。而且，移动搜索的增长更是异常迅猛。目前在国内常用的搜索引擎有百度、搜狗、必应、360，除此之外，还

---

薛娟：广电总局发 181 号文件鼓励互联网电视运营，中国经济时报，2011 年 12 月 29 日。

参见中国软件资讯网，<http://www.cnsoftnews.com/news/201604/45323.html>，2016-4-17。

有雅虎、网易、263 等，而且一些大型的门户网站、传统媒体，还有淘宝之类的服务类网站也都会拥有自己的搜索引擎。这是因为搜索是网民行为链上的重要一环，为了打造网络行为的“闭环”，为网民提供从搜索到“下单”的一站式上网服务，配置搜索服务和功能就成了很多网站的选择。为了规范互联网信息搜索服务，促进互联网信息搜索行业健康有序发展，2016 年 6 月 25 日国家互联网信息办公室发布《互联网信息搜索服务管理规定》（以下简称《规定》），并于 8 月 1 日起施行。互联网信息搜索服务是所有网络信息服务中十分特殊的一类，主要还是因为它具有很强的公共性，搜索功能和平台在满足公众的知情权、表达权中有着举足轻重的作用。因此，搜索服务平台及其运作应当确保其公正性、权威性、客观性。由于搜索服务对于公众的社会生活都将会产生很大的影响，基于社会公共利益的考量，就需要加强对搜索服务运作及其市场发展的监管。当前，信息搜索服务最主要的问题集中在搜索结果中含有大量的非法信息以及搜索推广市场的混乱造成侵犯其他主体市场利益这两个方面。如有人指出的，“一是屏蔽合法注册网站，损害市场经济活力和社会公众信息知情权。二是不良信息泛滥，损害社会公序良俗。造成这两大突出问题的根源却是一个：商业利益使然。”《规定》共有 11 条，主要是明确规定了信息搜索服务提供者应当履行七个方面的义务：“一是建立健全各项信息安全管理制度，不得提供含有法律法规禁止的信息内容；二是在提供服务过程中发现搜索结果明显含有法律法规禁止内容的信息、网站及应用，应当停止提供相关的搜索结果，保存有关记录，并及时向国家或者地方互联网信息办公室报告；三是不得通过断开相关链接或者提供含有虚假信息的搜索结果等手段，牟取不正当利益；四是提供客观、公正、权威的搜索结果，不得损害国家利益、公共利益，以及公民、法人和其他组织的合法权益；五是提供付费搜索信息服务，应当依法查验客户有关资质，明确付费搜索信息页面比例上限，醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息，对付费搜索信息逐条加注显著标识；六是提供商业广告信息服务，应当遵守相关的法律法规；七是应当建立健全公众投诉、举报和用户权益保护制度，在显著位置公布投诉、举报方式，主动接受公众监督，及时处理公众投诉、举报，依法承担对用户权益造成损害的赔偿责任。”下面结合《规定》内容，对其在促进搜索服务健康发展，遏制非法信息内容的传播，缓解搜索推广市场乱象等方面的意义以及文件中存在的主要问题展开讨论。

## （一）搜索服务提供者的内容审查义务及其问题

### 1. 搜索服务提供者内容审查的法律性质问题

《规定》关于“内容审查”义务的要求是比较宽泛的，主要体现在文件的第六、七、八三条当中。第六条，“互联网信息搜索服务提供者应当落实主体责任，建立

---

律师建议国家设立搜索中心行使屏蔽权。网易科技报道，2009-1-16。

健全信息审核、公共信息实时巡查、应急处置及个人信息保护等信息安全管理制度，具有安全可控的防范措施，为有关部门依法履行职责提供必要的技术支持。”第七条，“互联网信息搜索服务提供者不得以链接、摘要、快照、联想词、相关搜索、相关推荐等形式提供含有法律法规禁止的信息内容。”第八条，“互联网信息搜索服务提供者在提供服务的过程中发现搜索结果明显含有法律法规禁止内容的信息、网站及应用，应当停止提供相关的搜索结果，保存有关记录，并及时向国家或者地方互联网信息办公室报告。”前面已经提到了《规定》包含了互联网信息搜索服务提供者的七种义务，这七项义务中第一、二两项规定了对非法内容的审查义务。其中第一项义务主要是通过搜索服务提供者的屏蔽权来实现的。搜索“黑名单”制度与此有关——一旦进入这个名单范围，相关主体的信息就无法检索到。第二项义务规定网络信息搜索服务提供者对非法内容可以采取的措施：“停止提供相关的搜索结果，保存有关记录，并及时向国家或者地方互联网信息办公室报告”。

有人指出，“从我国现行的立法表述分析，搜索引擎服务商信息过滤义务的强制性并不明确。但从 Google 退出中国事件来看，可以判断我国在实践中要求搜索引擎服务商承担强制性的信息过滤义务。”《规定》的出台，实际上也是认可了搜索服务提供者的强制性的信息审查义务。而这里的针对搜索信息的审查或信息过滤义务，与为了保护私权所进行的信息过滤义务是完全不同的。后者是为了对公民、组织的民事权利给予更好的保障。对此有人认为，“网络审查与私权保护中的信息过滤要求不同，具有强制性信息过滤义务的基础。网络审查中信息过滤义务的控制范围较为明确：网络审查以有害信息控制为核心目的，以国家和社会安全为其基本要务，这就决定了信息过滤的范围通常不会过于宽泛，大致包括宗教、种族、色情、政治、暴力等内容，违法性较为容易辨别，信息内容的审查和评估并不复杂，包括防火墙在内的敏感词和图像过滤技术就可以满足要求，对搜索引擎服务商而言，并不存在难以逾越的技术障碍。”搜索服务在信息社会中变得越来越重要，是信息流、关系流、服务流等汇聚的重要“入口”和“平台”，对于当今社会有着很大的影响。因此，加强搜索服务提供者的内容审查义务，包括为了国家、社会利益而对个人的言论表达做出一定程度的限制，这也是维护国家、社会利益，加强互联网+安全运行环境的必要成本。

但是，针对搜索平台内容审查的规定也存在一些问题。一方面，由于搜索平台的公共性，搜索服务提供者享有屏蔽权就很可能侵犯公民的言论自由，因为它们履行这个权力并不像行政权力机关那样在实体、程序法律上要受到严格的限制。比如，“发现搜索结果明显含有法律法规禁止内容的信息”的规定，由于不同的搜

---

马民虎，霍永库，马宁：基于网络审查的搜索引擎服务商信息过滤义务，人文杂志，2015（9）。

马民虎，霍永库，马宁：基于网络审查的搜索引擎服务商信息过滤义务，人文杂志，2015（9）。

索服务平台对“法律法规禁止内容的信息”的认知和判定标准存在差异,就可能增大剥夺公民网络表达权的风险。另一方面,由于上述规定中相关规范内容的模糊性,就可能会导致搜索服务提供者将承担更多的责任。一般而言,搜索平台对于网络内容承担责任包括两种形式,一种是“被动发现”义务,另一种是“主动发现”义务。后者要求搜索平台承担较多的内容审查责任,例如文件就要求“在提供服务过程中发现搜索结果明显含有法律法规禁止内容的信息、网站及应用,应当停止提供相关的搜索结果,保存有关记录,并及时向国家或者地方互联网信息办公室报告”。但这一条规定并没有明确对于搜索服务提供者没有发现“违法内容”的情况,是否要承担责任。而在实践中,这类情况下网络平台对于“未发现的违法内容”都要承担责任,这就造成了搜索服务平台责任的“泛化”。

那么,如何才能为保护公益而在法律上设定合理的搜索服务提供者的审查义务?首先,为了满足权力运行法治化的要求,无论是行政机关还是网络服务商针对公民的网络表达自由进行限制都必须有法律依据,即遵循“法不禁止即自由”“法无明文规定,不处罚”的基本原则。从言论自由的发展来看,美国对于言论也是采取了分类保护的原则,并不是所有言论都受到宪法的保护。相反,各国都通过法律规定了对于侮辱、诽谤、煽动言论等都可以进行限制。不过,由于这些限制可能会涉及对公民言论自由权利的不当侵害,因此,除了对于法律层级有特殊要求之外(法律保留原则),在公权力行使的程序等方面也都设定了较为严格的标准。在程序方面,要求必须体现程序的透明、公正。搜索平台上的信息传播涉及公民的宪法权利,因此,对其的限制需要满足权力运行合法性、合理性的要求,同时,还必须符合程序正义原则。为了体现搜索服务及内容审查的公正性,有人提出,“建立国家对搜索引擎实时监控制度,要求各搜索引擎使用的搜索技术和搜索过程对国家监管部门透明化,禁止在搜索过程中嵌入针对特定信息的‘黑名单’。”甚至还提出,为了保证公众客观获取信息的权利设立“国家互联网信息搜索中心”的建议。“国家互联网信息搜索中心通过与民间搜索引擎的实时联动方式发出屏蔽指令,除此之外的屏蔽是非法的”。而且还提出屏蔽网站的权力应当作为一种行政执法权由国家互联网信息搜索中心来行使。2013年,媒体报道,俄罗斯拟打造国控搜索引擎以加强内容审查。这也能够看出搜索服务及其监管的重要

---

“新浪微博作为UGC的内容平台,负责主动巡查微博内容,需要通过设置大量关键词和人工审核的方式7×24小时不间断审核,而违法内容一旦漏查被监管机关发现,将被予以处罚。”参见腾讯研究院、互联网+:时代的立法与公共政策,北京:中国法律出版社,2016。

“国家互联网信息搜索中心”应该完全纳入国家财政预算,禁止从事营利活动,这是其不同于传统媒体的地方。国家不与民争利,通过搜索服务营利的权利应该完全让渡给民间资本。参见《规范互联网搜索引擎立法建议书》, <http://tech.163.com/09/0116/15/4VPR2VMD000915BF.html>, 2009-1-16。

林靖东.俄罗斯拟打造国控搜索引擎以加强内容审查.腾讯科技,2013年10月13日。

性，无论建立何种机构或者组织形式对搜索服务及其信息内容展开审查，从根本上是为了使搜索结果尽可能地做到客观、公正。

## 2. 内容审查过程中对于知情权、表达权的保障

《规定》第九、十条体现了对于公众知情权表达权的保护，由此也能看出《规定》出台的进步意义，而这主要是通过行政法对于公民权利保护的“补充”。文件第十条规定“互联网信息搜索服务提供者应当提供客观、公正、权威的搜索结果，不得损害国家利益、公共利益，以及公民、法人和其他组织的合法权益。”互联网的发展，改变了公众获得信息的方式，网络搜索成为公众获取信息的一种重要手段。搜索平台信息服务水平的高低、公正与否等都会对公众的知情权产生影响。因此，《规定》提出搜索服务提供应公正、客观、权威地呈现搜索结果就具有重要意义。有学者认为，“《规定》的出台，可以更好地保障网民的知情权。他指出，尽管现有法律并不排斥搜索服务的部分商业性，但究其根本，搜索服务的公共信息服务性质还是非常明显，搜索结果的客观和公正与否，直接关系到公众的知情权，也关系到其他被抓取者的表达权与传播权利。”而第九条的规定，还涉及网络中立的问题。网络中立是指互联网服务提供商（ISP）和政府都不得限制用户访问互联网的内容、网址和网络平台，也不得限制用户访问网络使用的手段和方式。网络中立，包括三方面的内容。

（1）网络中立的立法价值目标选择：言论自由。

（2）网络中立的立法价值目标选择：非歧视。

（3）网络中立的立法价值目标选择：互惠性及其他。网络中立将保障平台的公共性作为首要的价值，它强调平台的开放性，即“非歧视性”，这有利于公众平等地参与互联网的使用，分享互联网发展带来的好处。

此外，第九条规定，“互联网信息搜索服务提供者及其从业人员不得通过断开相关的链接或者提供含有虚假信息的搜索结果等手段，牟取不正当利益。”对于该条主管部门将其立法目的解读为“这将有利于加强对非法网络公关的监管”。相关的负责人指出，“少数互联网信息搜索服务提供者或其员工收取费用，提供含有虚假信息的搜索结果，或者提供断开相关链接等服务。这种行为严重破坏了互联网信息传播秩序和互联网信息搜索服务市场秩序，为此，《规定》第九条明确规定，互联网信息搜索服务提供者及其从业人员，不得通过断开相关链接或者提供含有虚假信息的搜索结果等手段，牟取不正当利益。”不过，这个规定还体现了对于公众表达权利的保障。针对非法内容搜索服务提供者拥有信息屏蔽的权利，但是，

吴涛.“互联网信息搜索服务规定出台 保障网民知情权”.中国新闻网,2016-6-27.

董媛媛.论美国“网络中立”及其立法价值.新闻大学,2011(2).

网信办就《互联网信息搜索服务管理规定》答记者问, <http://news.sohu.com/20160625/n456228853.shtml>, 2016-6-25.

这一条是对于“屏蔽权”的一种制约，目的是保障公众的表达权。2014年6月23日第1621次会议通过了《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》，其中第十四条规定提到，“被侵权人与构成侵权的网络用户或者网络服务提供者达成一方支付报酬，另一方提供删除、屏蔽、断开链接等服务的协议，人民法院应认定为无效。”该条第二款的内容是，“擅自篡改、删除、屏蔽特定网络信息或者以断开链接的方式阻止他人获取网络信息，发布该信息的网络用户或者网络服务提供者请求侵权人承担侵权责任的，人民法院应予以支持。接受他人委托实施该行为的，委托人与受托人承担连带责任。”这个民事领域司法解释的目的在于保障正常的互联网的使用，即为网络言论的自由表达和传播提供法律上的保护，它有着重要的意义。它是通过民事法律对于公民宪法性权利的保障。与此类似，《规定》第九条中的规定，同样体现了搜索信息领域对表达权利的保护，只不过采取的是行政法的保护方式。

最后，《规定》提到要建构搜索内容审查的公众参与治理体系。《规定》第十二条建立了针对非法内容的社会不同主体共同参与的“共治”模式，这对于遏制违法信息的传播具有较强的实效性。文件指出，“互联网信息搜索服务提供者应当建立健全公众投诉、举报和用户权益保护制度，在显著位置公布投诉、举报方式，主动接受公众监督，及时处理公众投诉、举报，依法承担对用户权益造成损害的赔偿责任。”《规定》发布后，百度很快对国家互联网信息办公室作出回应称：“百度搜索将切实依照网信办相关的法律法规加强自身管理，同时欢迎广大网民随时监督举报。”百度方面还表示，“网民通过百度搜索到不良互联网信息，可进入百度用户服务中心 <http://help.baidu.com> 进行投诉，百度将及时予以处理。面对当前互联网信息存在的海量冗杂、良莠不齐等问题，百度将致力于与政府机构、广大网民以及社会各界共同努力净化网络环境，坚持为网民提供客观、公正、权威的搜索结果。”这也反映出我国在网络内容监管方面，注重动员各方力量积极参与，“共享共治”将是一个重要的方向。

---

以全民医药网（[www.qmyy.com](http://www.qmyy.com)）为例，其斥资100万元人民币注册公司、开办网站，却因百度的屏蔽而遭受巨大损失。注册资金100万元已全部用于网站建设，之后全民医药网又不得不再次借入40万元用于网站的维护和运营。百度的持续屏蔽已经使全民医药网举步维艰、濒临破产的边缘，公司实际损失达140万元人民币，公司35名员工面临下岗失业的危险境地。经济上的损失虽然是个人的，但同时也是社会的。搜索引擎屏蔽中小企业的行为在实际上消灭了许多市场竞争主体，从根本上破坏了公平的市场竞争秩序，严重损害了社会主义市场经济的活力。在目前的金融危机背景下，屏蔽行为给国民经济带来的危害无异于雪上加霜。为了彻底搞清屏蔽的危害程度，建议官方在全国范围内进行屏蔽调查，以获取权威数据，为立法提供准确依据。通过受害者提交营业执照、员工花名册、IP流量报告等资料，看看究竟有多少企业遭到屏蔽？投资损失是多大规模？有多少人因此而失业？参见《规范互联网搜索引擎立法建议书》，<http://tech.163.com/09/0116/15/4VPR2VMD000915BF.html>，2009-1-16。

## （二）以付费搜索为重点强化对搜索推广的监管

长期以来，互联网信息搜索服务提供者提供的自然搜索结果、付费搜索信息区分往往不够清晰，容易引起混淆。特别是部分医疗类等付费搜索信息对应的客户资质不全甚至虚假，给公民的人身财产安全带来隐患。魏则西事件发生后，这个问题更是引发社会的广泛关注。因此，《规定》对互联网信息搜索服务提供者付费搜索信息服务、商业广告信息服务进行了区分，并提出了具体要求。搜索服务提供者的七项义务中就提到，“提供付费搜索信息服务，应当依法查验客户有关资质，明确付费搜索信息页面比例上限，醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息，对付费搜索信息逐条加注显著标识”，“提供商业广告信息服务，应当遵守相关的法律法规。”对搜索推广的监管主要还会涉及技术问题，这也是规范制定中的难题。此外，还要考虑市场效益与社会之间利益如何协调的问题。而这首先需要清楚搜索技术的运作机制。如果搜索结果是人为控制的，那么搜索服务提供者就应当就其控制的部分承担相应的责任。反之，就很难要求其对搜索结果承担责任。搜索推广中搜索服务提供商的责任主要涉及两方面的问题。一方面，其对于虚假内容承担相应的责任。搜索服务商从事搜索推广之前，需要对相关企业的资质及广告内容进行事先审查。不过，目前的突出问题是，很长时期以来，搜索服务商未能尽到审查的义务，特别是根本无法进行实质性的审查，这个环节对于搜索服务商而言面临很大的困难。“搜索引擎提供商一般只能做到事先的形式审查，这是所有搜索引擎网站、团购导航、网址导航等导航网站都会遇到的问题。因为动态修改网页内容的自主权在于客户网站，而且客户网站的网页数量庞大，搜索引擎技术本身难以自动判别是动态修改还是新增网页，通过人工去发现动态修改的网页，逐一审核数以亿计的网页也是根本不现实的。传统媒体所有内容通过审核之后即处于静态而无法修改，但是网络媒体恰恰相反，网站本身必须不断地更新才有访问价值和生命力。在参加推广链接的过程中，企业可能会为了规避搜索引擎提供商的审查，而采取套用资质、伪造资质等办法。对此情况，搜索引擎提供商很难审核出来，即使登录工商网站进行查询，也无法查出。”

另一方面，搜索推广除了第一个环节广告的审查面临诸多困难之外，搜索技术本身“算法”的复杂性又是一大难题，这直接决定着搜索结果的公正性和客观性。“算法”是搜索引擎排名背后最核心的机制。有研究者指出，“国际上有机构专门研究‘影响谷歌搜索引擎排名的因素’这个问题，通过分析搜索引擎算法、搜集到的相关数据等形式来分析影响搜索引擎排名的相关因素，对每个因素的影响度打分（1~10分），分值越高影响度越高，并且至少每两年都编制一份《影响谷歌搜索引擎排名的因素调查报告》。……在价格之外，影响搜索结果排名的因素

---

王斌：搜索引擎虚假信息谁之责，2012-9-19。

还非常多，有时候价格甚至不一定是主导因素。”由此，该作者认为，“网络搜索技术服务商并不是单凭搜索结果的显示来收费的，如果搜索结果没有被网民关注和点击，即便信息展现出来，也不存在收费。只有当搜索结果被点击时，发布信息的厂商才需要向网络搜索服务提供商付费。简而言之，付费的前提需要三个，即搜索、展示和点击，只有三者并存时才存在付费，而搜索结果本身无须付费。”

的确，最终的付费，并不仅仅取决于价格因素，还需要消费者的搜索、展示（产品企业的广告内容信息）以及点击情况。但这并不妨碍让搜索服务提供商就其参与的部分承担相应的责任，也就是说，可以从“过程”——价格排名，而不是“结果”——最终付费角度，建构网络信息搜索服务提供者的法律责任。实质上，我们所讨论的竞价排名，也就是针对搜索服务提供者所“参与”部分的责任问题。虽然很可能其中相当一部分的竞价排名最终并未被消费者所点击，也就是说并未出现实际的“效果”，但是就这种“呈现”本身而言，它是带有偏见的，而这种“不公正”呈现也会产生一定的“后果”，那就是，这部分竞价之后的信息相比较其他信息内容具有更大的被点击的可能性。

前面我们已经看到，对于搜索的自然排名的公正性虽然企业具有一定程度的可控性，但这却是十分复杂的。由于“算法”的差别，不同的搜索服务提供者的搜索结果在公正性上可能都存在很大的差别。尽管这种“自然搜索”也无法做到完全“客观、公正、权威”，但是它相对于仅仅以“价格”作为搜索结果呈现的唯一标准，显然离公正的标准更为接近。所以，《规定》将付费搜索作为重点监管的对象，并且提到了相应的完善措施，“应当依法查验客户的有关资质，明确付费搜索信息页面比例上限，醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息，对付费搜索信息逐条加注显著标识”，这是很有必要的。事实上，针对付费搜索监管的主要问题是，如何对市场利益与社会利益进行平衡。从社会整体利益来看，这种带有偏见的信息又是一种“必要的恶”，需要在现有制度中为其留下生存的空间，这也是法律面

---

对互联网搜索推广法律问题的再思考，在最新的 2015 年的调查报告针对超过 90 项影响因素展开了研究调查，其中对排名算法的影响因素及分值包括域名的长度、域名的相关性、顶级域名的扩展信息、SSL 证书等，影响度评分为 8.22；域名的权威性、可信度、外链建设情况、PR 值等，影响度评分为 8.19；域名与关键词的匹配度，完全匹配或者部分匹配，影响度评分为 7.87；域名的品牌度，比如网站的品牌/域名在媒体/新闻/出版物的曝光率、网站数据被浏览器/工具栏的使用情况等，影响度评分为 6.57；社交媒体的分享度率及好评度，例如 Twitter、Facebook、Google+ 等社交平台上的网页分享数量及质量，影响度评分为 6.55；网站关键词的优化情况、相关度，与内容的质量、相关性等，影响度评分为 5.88；搜索结果页中的页面/域名的展示率、点击流数据、访客流量、查询的数量/多样性/点进率等，影响度评分为 4.97；网站内容的长度、可读性、独特性以及页面加载速度等。此外，HTTPS 信号、结构化数据标记等也会有影响，影响度评分为 3.98。此外，还有针对页面关键词的诸多影响因素及其分值，关键词以外的诸多影响因素及其分值，报告都做了详细分析。参见刘双舟：对互联网搜索推广法律问题的再思考，中国社会科学网，2016 年 4 月 18 日。

刘双舟：对互联网搜索推广法律问题的再思考，中国社会科学网，2016 年 4 月 18 日。



对现实的妥协和无奈。只有保障企业的商业利益，让它们有稳定的盈利模式，才能够不断地促进企业技术的研发和创新，激发市场的活力，最终为人们提供更好的服务和产品。任何法律，也都是对不同利益的取舍与权衡。从这个意义上看，我们认为，现阶段《规定》针对付费搜索不断完善监管措施是符合国情的，它可以兼顾不同群体的利益诉求。

不过，需要注意的是，尽管将付费搜索作为搜索服务监管制度的重点有一定的合理性，但是，在具体规范及配套措施等方面仍有需要完善之处。其中比较突出的，比如，对搜索服务提供者的付费搜索提出了“提供付费搜索信息服务，应当依法查验客户有关资质”等要求。而事实上，搜索服务平台数量众多，规模大小不一，加之企业可能会为了规避搜索引擎提供商的审查，采取套用资质、伪造资质等办法应付资质审查，在这种情况下，如果要求搜索服务提供商“依法查验有关资质”，就需要有专门的人员，建立必要的保障机制，而在人员尚未进行培训，相关机制缺失等基础条件尚不健全的情况下，一概要求搜索服务提供平台承担“依法查验”等相关的责任，未必能够达到预期的效果。有人指出了当前互联网企业在这方面面临的实际困难及忧虑，“互联网企业缺乏专门人员、专业知识及专业技术”，“一味加重第三方平台责任，将加大企业运营成本，尤其对刚刚创业起步的中小型平台企业，不利于互联网产业的创新和发展”，等等。因此，对搜索服务提供平台等互联网企业的监管，应当注意产业发展所需要的市场利益与其他社会利益之间的平衡，把握好权力介入搜索服务市场的“度”，更加注重通过技术、企业自律等多种途径促进搜索服务市场的健康、有序发展。魏则西事件后，百度按照监管部门的审查已采取了一些改进的措施，其他搜索服务企业在《规定》出台之后，也纷纷出台相应的改进措施。而相关企业的积极作为，有利于推动搜索服务行业自律机制的形成，从而弱化行政权力对搜索服务的权力监管。

### （三）场景时代搜索服务的发展及其监管趋势

在场景时代，搜索引擎将会朝着更加智能化的方向发展，搜索结果除了包含空间、场地等硬性要素，还会更多地加入行为、内心情感等软性要素的分析，这就会使信息能够更好地满足网络社会人们的需要。在场景时代，搜索服务将朝着“理解搜索意图”和“直接给出解决方案”的智能化方向发展。搜索引擎将有能力

---

腾讯研究院：《互联网+：时代的立法与公共政策》，北京：法律出版社，2016。

比如百度的回应措施包括“新上线页面在推广信息数量、商业推广标识等方面均作出重大调整；严格限制商业推广数量，所有页面均低于30%，即每页不超过4条推广广告；对于商业推广信息，逐条加注显著标识；在搜索结果页面突出展示商业推广风险提示；下线2518家医疗机构撤除疾病搜索置顶推广；加强资质审核标准。”参见何春中：《百度撤除2518家医疗机构搜索置顶推广》，中国青年报，2016年6月27日。此外，360还重申了放弃一切商业医疗推广业务的决定。搜狗开发绿色的医疗垂直搜索产品“搜狗明医”。神马搜索加强对商业推广的资质和内容审核，下线1700多家医疗机构的推广。

直接为你提供某类问题的解决方案，而且将不再只是网页、各类型文件或地图，而是提供全方位的索引。应该说，搜索服务未来技术的发展将有很大的遐想空间。而当前搜索推广中充斥着大量的“干扰型”的广告，这种现象也会随着搜索技术的不断完善而得到逐步的改善。因此，搜索服务监管立法的价值取向，除了应当加强对搜索服务市场的监管，也应当出台支持、促进搜索技术和相关企业创新积极性的政策。

在场景时代，对于信息搜索服务及网络空间的法律监管也面临一些新的挑战，这需要新的理念和措施。对于网络空间的监管，虽然我们仍以传统法律及其不断完善作为应对新问题的主要思路，但是传统法律体系对于新的网络环境的监管所出现的种种不适却愈发凸显，如何有效应对网络社会发展中频繁出现的各种问题，这是我国互联网发展过程中需要认真思考的课题。如今在移动设备、传感器、社交媒体、大数据等技术的推动下互联网成为连接不同个体制造场景的工具，是完成社会各要素之间高效配置的手段，新技术催生的场景时代，它是对价值和关系的重构与再造。在场景时代，网络平台一般都是关系、信息、服务的整合，而监管也需要建立起一套完善的治理体系，打造治理“生态圈”。网络社会中人群聚集的形态不再仅仅被看作分割开的单独的个体行为所构成的社会关系，网络生态对于网民行为产生了较大影响，网络的构成是一种生态化的组织结构。比如，具有某种兴趣或者属性、特质的社群对于该社群成员的行为就有某种“规定性”，这是所有成员共同塑造的某种“圈子”文化，它并非是平台所有者所能控制的。而平台功能的衍化也是遵循了“生态”原则，即会朝着符合社群整体期望、特性的具有一定的相关性、一致性的功能方向不断地发展、壮大。可以说，网络是“群”的世界，人的社会性而不是个体性的特性会体现得更加鲜明。平台的构成会随着场景、新需求的出现而随时产生和变化。所以有人形容，网络空间是“聚沙成塔”，可能又会在“一阵风”过后瞬间就变得“无影无踪”。网络是由一个个场景所构成的，其中不仅有个体的行为在起作用，更有“场景”本身、群体对于个体及个体之间相互的影响。因此，对于网络的监管要综合考虑各个主体、社群、平台等这些多方面的因素。搜索服务平台的治理，单靠搜索服务提供者一方是根本不够的，毕竟，搜索也只是以社会不同主体所生产的海量信息为客观条件。网络空间信息内容质量的高低可以说从根本上决定着搜索结果价值的大小。另外，网络生态发展应追求一种动态平衡，社群的生死也当是正常的现象，因此，网络监管就是要研究场景背后的动因，遵循政策、法律、自律一体化的治理思路，对症下药。特别是从法律的角度来看，应更强调软法之治，动态调节才能适应传播生态变动不居的规律。还有，从场景的社会活动来看，网络生态空间参与者及话题的多元复杂性，使对于网络的监管无法单凭公法或者私法，而是需要公私共同发力。网络空间主体的多元性造成活动的性质很难判定，政治、经济、文化的活动可能共存，

这将导致单纯的处理公法或者私法关系的法律很难满足场景时代网络监管需要，于是就出现了对于隐私权、个人信息权、名誉权的宪法等公法的保护。而对于知情权、表达权等“公权”性质的权力也将会通过人身权利、一般人格权等民法权利来保障。除此之外，场景时代以“链接”为特征，通过链接打通 O2O，从而实现了人对于社会各个方面的需求，即信息流、服务流的融合。故而网络监控与责任体系应当是全程的、完整的，而不是部分、阶段性的。

场景时代网络的法律监管不仅面临挑战，对于网络平台，包括搜索服务平台的治理也同样存在一些机遇可以把握。

首先，网络时代是权利宪章得到更好地落实，人的价值、潜力更大解放的时代。传统社会，权利义务虽然是立法的基本原则，但重义务轻权利几乎是公法领域中的普遍现象。在网络时代，知情权、表达权、参与权等宪法性基本权利能够更好地从规范走向现实。利用搜索技术等各种网络新兴功能，开展网络反腐、网络问政，等等，这都是政治文明方面进步最直接的体现。

其次，网络中的社会关系变成了一种可测量的精确关系，在这些关系当中的“位置”“关系状况”等都可以测量。大数据手段的技术，不仅能运用于消费市场的服务，也能用到对于网络社会的监管和治理当中，这是网络治理的有利条件，这有助于提升转型时期的社会治理能力。

最后，场景时代，网络平台是价值、关系的重构，是信息、关系、服务等各类资源的汇聚，这就为网络治理的群策群力、共享共治创造了更好的条件。

## 五、互联网即时通信工具中信息内容的监管问题

2011 年网信办成立，这体现了国家对于互联网信息内容监管的重视，而机构设立之后对于互联网信息的监管模式也在逐步探索之中。8 月 7 日，国家互联网信息办公室正式发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》，以十条规定规范以微信为代表的即时通信工具公众信息服务，简称“微信十条”。这个政府规章专门针对的是移动客户端发展的问题，其中也体现出政府对于网络信息内容监管新的思路。其中重要的一点就是与社会力量合作一起来维护网络空间的健康发展，更注重社会的自我管理（规范的倡导性、原则性较强），将法律作为网络信息内容监管的最主要依据（规章起到辅助作用）呈现出法律—规章—伦理规范的多元约束体系。

### （一）“微信十条”出台的背景

2014 年 7 月 21 日，中国互联网络信息中心（CNNIC）在京发布第 34 次《中国互联网络发展状况统计报告》（以下简称《报告》）。《报告》显示，截至 2014

年6月,中国网民规模达6.32亿,其中手机网民规模5.27亿,互联网普及率达到46.9%。网民上网设备中,手机使用率达83.4%,首次超越传统PC整体80.9%的使用率,手机作为第一大上网终端的地位更加巩固。随着手机上网愈发的普及,网民的移动客户端社交媒体使用也是多种多样,包括聊天、视频、购物、阅读,等等。移动客户端媒体的属性一般形容为Solomo——即社会化、本地化与移动化,这也是手机终端迅速崛起的重要原因。移动客户端使用的便捷化、应用服务快速普及以及移动端影响力不断扩大的同时,随之也出现了不少不良现象:网络谣言大行其道,网络诈骗、淫秽色情信息、危害社会稳定等违法信息的大量出现,这就直接影响着移动媒体的健康发展。为此,对于移动客户端互联网空间的治理也成为政府和社会必须面对的问题。网信办发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》(以下简称规定)正是应对即时通信工具中有害信息的一种尝试,其内容主要涉及服务提供者从事公众信息服务需取得资质;强调保护隐私;实名注册,遵守“七条底线”;公众号需审核备案;时政新闻发布设限;明确了违规的处罚。

## (二)“微信十条”的主要内容及特征

1.“微信十条”中明确规定国家互联网信息办公室负责统筹协调指导即时通信工具公众信息服务发展管理工作,省级互联网信息内容主管部门负责本行政区域的相关工作

网信办统一管理即时通信工具明确了责任主体,使监管更及时,也有利于去除网络内容条块化管理的弊端。2011年国信办成立,2013年4月正式与国新办分家。2011年5月,国家互联网信息办公室(以下简称国信办)成立,成为互联网的主管部门,标志着互联网的监管朝专门化的方向迈进。但国信办成立初期并不另设新的机构,只是在国新办加挂国信办的牌子。直至2013年4月,国信办与国新办正式分家,成为互联网的主要监管机构,同时行政级别升为正部级,与国新办、中宣部同级。这标志着国家对网络监管的重视程度以及监管在逐步走向深入,而发布“微信十条”也是网信办成立后一次重要的举动。

2.随着移动客户端公众使用行为的快速普及,移动媒体的影响力也越来越大,“微信十条”的出台体现了对于移动客户端媒体发展的重视

互联网服务提供者在移动客户端从事公众信息服务活动需要根据《互联网新闻信息服务的规定》申请相应的资质。“第四条即时通信工具服务提供者从事公众信息服务活动,应当取得互联网新闻信息服务资质。第七条即时通信工具服务使用者为从事公众信息服务活动开设公众账号,应当经即时通信工具服务提供者审

---

曾茜:监管的制度化与信息传播的有序化——我国互联网治理的变化及趋势分析,新闻记者,2014(6)。

核,由即时通信工具服务提供者向互联网信息内容主管部门分类备案。”由此可知,通过即时通信工具从事公众信息服务活动,一方面,即时通信工具信息服务提供者要申请从事公众信息服务的许可资质;另一方面,即时通信工具使用者向服务提供者申请由其审核。

### 3. 与时俱进,规定还从实际出发,适应互联网内容监管的变化

首先,在整体上,面对信息的即时性、多样化等微信的新媒体特点,突出了“自我管理”的理念。比如,对于已经设立的公众号,只要内容不对社会构成危害,即使目前没有按照有关规定申请和备案,也同样可以使用。《规定》要求,即时通信工具服务提供者应当与用户签订协议,用户应按照协议约定遵守“七条底线”。而且“七条底线”在内容上依靠倡导性、原则性的规范进行监管,降低了权力的介入,这都体现了规定增强了灵活性,更符合移动客户端媒体发展的实际状况。

其次,在监管模式上,尝试依靠社会组织参与网络信息的管理来应对网络信息数量庞大、难以管理的现实困境。此次对于微信等即时通信的管理引入了网信办管理信息服务提供者,后者监管公众号使用者的模式。由此,降低了管理的压力,从全面抓转向了重点、局部的监管,这也是对于互联网内容监管一种新的探索。

4. 从政府与社会的关系角度,推动政府使用微信公众号加强信息沟通能力与对微信公众号的监督并重

规定提出,“鼓励各级党政机关、企事业单位和各人民团体开设公众账号,服务经济社会发展,满足公众需求。”

5. 为第一次开通公众服务号设置门槛——要求审核备案,对于时政类的公众号要经过国信办的资格审批

文件将公众号作为重点监管的对象,可能是由于其能够产生相较于个体账号更大范围的影响,而这种区分是规定全文中的要点。通过公众号,可在微信平台上实现和特定群体的文字、图片、语音、视频的全方位沟通、互动。“本规定所称公众信息服务,是指通过即时通信工具的公众账号及其他形式向公众发布信息的活动。”对于公众号的开通设置了提前审批的规定,“第七条即时通信工具服务使用者为从事公众信息服务活动开设公众账号,应当经即时通信工具服务提供者审核,由即时通信工具服务提供者向互联网信息内容主管部门分类备案。”这里的审批是由服务商而不是政府来承担,审批后即时通信工具服务提供者仅需要向主管部门备案即可。而对于非公众号实行的是用户与服务提供者签署原则性协议的方式,而不必在主管部门备案。“第六条即时通信工具服务提供者应当按照‘后台实名、前台自愿’的原则,要求即时通信工具服务使用者通过真实身份信息认证后注册账号”。这也就是说,非公众号使用的是实名制的管理方式。

对于发布、转载时政类新闻的公众号需要经过资格认证,审批之后方可发布、转载。其他非时政类的公众号只需要由网络信息服务商审核、备案即可。规定要

求,“新闻单位、新闻网站开设的公众账号可以发布、转载时政类新闻,取得互联网新闻信息服务资质的非新闻单位开设的公众账号可以转载时政类新闻。其他公众账号未经批准不得发布、转载时政类新闻。”事实上,我国对非新闻单位转载时政新闻申请的程序,要求是相当严苛的,所以说,对于在即时工具上从事新闻内容的发布、转载是有严格要求的。不过,需要注意的一点是,对于个人账号,包括个人的公众账号发布、转载新闻信息的问题仍是监管中的难点。网信办发言人指出,“自媒体公众账号是否会被关闭,取决于其是否依法依规发布内容。”

6. 在监管规范的落实方面,借助社会组织的力量,交由即时通信服务提供者执行

对违反协议约定的即时通信工具服务使用者,即时通信工具服务提供者应当视情节采取警示、限制发布、暂停更新直至关闭账号等措施,并保存有关记录,履行向有关主管部门报告的义务。而群组 and 朋友圈具有私密和公众双重属性,对用户的私密社交行为,《规定》明确要求即时通信工具服务提供者应当落实安全管理责任,保护用户信息及公民个人隐私。

### (三)“微信十条”的争论及问题

#### 1. 部分内容规定得比较模糊,仍需要完善

“第八条即时通信工具服务使用者从事公众信息服务活动,应当遵守相关的法律法规。对违反协议约定的即时通信工具服务使用者,即时通信工具服务提供者应当视情节采取警示、限制发布、暂停更新直至关闭账号等措施,并保存有关记录,履行向有关主管部门报告的义务。”目前对于上述制裁程序缺乏、监督机制、公开性等机制尚不健全。法律程序的不健全将导致即时通信服务使用者的权利受侵害的威胁。

如何对即时通信服务提供者进行监督,使其不泄露公众隐私以及防止其他侵权行为?“第五条即时通信工具服务提供者应当落实安全管理责任,建立健全各项制度,配备与服务规模相适应的专业人员,保护用户信息及公民个人隐私,自觉接受社会监督,及时处理公众举报的违法和不良信息。”在个人信息安全保护趋

---

互联网新闻信息服务管理规定(新闻办令第37号),“第七条设立本规定第五条第一款第(一)项规定的互联网新闻信息服务单位应当具备下列条件:(一)有健全的互联网新闻信息服务管理规章制度;(二)应当有10名以上专职新闻编辑人员;其中,在新闻单位从事新闻工作3年以上的新闻编辑人员不少于5名。(三)有必要的场所、设备和资金,资金来源应当合法。可以申请设立前款规定的互联网新闻信息服务单位的组织,应当是依法设立2年以上的从事互联网信息服务的法人,并在最近2年内没有因违反有关互联网信息服务管理的法律、法规、规章的规定受到行政处罚;申请组织为企业法人的,注册资本应当不低于1000万元人民币。”

网信办发言人就十条新约束微信等即时通信工具答记者问. 观察家网, [http://www.guancha.cn/Media/2014\\_08\\_07\\_254430.shtml?XGYD](http://www.guancha.cn/Media/2014_08_07_254430.shtml?XGYD), 2014-8-7.

同上.

于严峻的形势下，如何确保信息不会泄露或者作为他用，仍然存在风险。

第六条即时通信工具服务提供者应当按照“后台实名、前台自愿”的原则，要求即时通信工具服务使用者通过真实身份信息认证后注册账号。这一条如何解读？这是针对微信普通号还是公众号的要求？有资料显示，腾讯内部即与网信办展开了沟通，“经过与网信办反复确认，《规定》里提到的实名制只是指公众平台。”这也意味着实名制与个人用户暂没有关系。不过，目前此类IM应用在注册时大多需要用户提供并绑定手机号码，从某种程度上来说，已经实现了实名制。对此问题文件应当有明确的表述。

## 2. 一些实施层面的遗留问题仍需解决

《规定》要求自公布起生效，今后新注册的公众账号要遵守此规定。此前已开通的未符合要求的公众账号，发布新内容时，即时通信工具服务提供者将通过技术手段使其按规定完成认证。这些工作还需要服务者逐步落实。在目前的微信公众账号注册页面，尚未出现要求提交互联网新闻信息服务资质的设置，经营一个公众账号的媒体人称，目前也没接到腾讯公司的补充资质的相应通知。实质上，微信公众号管理的问题非常复杂。微信公众号涉及旅游、教育、酒店、房产、电商、汽车、金融、餐饮等行业，内容包括行业、品牌新闻、企业活动信息推送、互联网热点等各类信息。有人做过统计，就微信而言，其中新闻发布类的账号占公众账号总量大概1%。若按最新公布的微信公众账号总量580万个，80%的新闻账号受影响来计算，这次新规或将影响到4.6万个机构的微信运营。显然，对这些已经存在的自媒体发布、转载新闻信息如何监管则是更令人头疼的问题。第二个问题是，“目前时政类的账号在后台很难进行区分。”时政类新闻的界定存在一定的难度。“《互联网信息服务管理办法》第2条规定，“包括有关政治、经济、军事、外交等社会公共事务的报道、评论，以及有关社会突发事件的报道、评论”，不过，这个定义并无明确标准。“很多时候都是跟着感觉走的，比如国家领导人出访肯定是时政类新闻，但一些文艺新闻、案件新闻也可能与时政有关”。不过，文件明确提出，“新闻单位、新闻网站开设的公众账号可以发布、转载时政类新闻，取得互联网新闻信息服务资质的非新闻单位开设的公众账号可以转载时政类新闻。其他公众账号未经批准不得发布、转载时政类新闻。”目前个人自媒体通过公众号发布、转载新闻如若无法管理，那么这个规定的意义就十分有限。此外，

蔡婧嫣：网信办“十条规定”规范即时通信工具信息服务解读，青年时报，2014-8-8。

王峰：“微信十条”发布：并非新增行政审批，21世纪经济报道，2014年8月8日。

谢睿，等：“微信十条”绑住自媒体4.6万时政公众号或成“炮灰”，南方都市报，2014-8-13。

同上。

王峰：“微信十条”发布：并非新增行政审批，21世纪经济报道，2014年8月8日。

还要求即时通信工具服务提供者应当对可以发布或转载时政类新闻的公众账号加注标识。由此可见，上述规定使政府对于即时通信服务提供者监管的难度与责任就大大增加。还有一点，规定中提到的“取得互联网新闻信息服务资质的非新闻单位开设的公众账号可以转载时政类新闻”，尽管他们不能发布新闻，但是可以通过访谈等其他方式进行时政类新闻的报道，打擦边球的做法依然无法有效控制。“……而微博的出现，使UGC被商业门户网站视为突破新闻采访权的主要手段，尤其是在一些重大突发事件中，微博网站通过组织网友观察团等方式，变相从事新闻采访。”

### 3. 规定是不是新的权力扩张

将即时工具服务提供者从事公众信息服务号申报程序直接等同于新闻网站的审批程序，是不是限制了公众的言论自由？第四条即时通信工具服务提供者应当取得法律法规规定的相关资质。即时通信工具服务提供者从事公众信息服务活动，应当取得互联网新闻信息服务资质。这可以说在即时通信服务的入口方面设置了较高的标准，大量的即时通信服务提供商因此而无法进入该领域。同时，该规定增加了普通人使用公众号传播的难度。“第七条即时通信工具服务使用者为从事公众信息服务活动开设公众账号，应当经即时通信工具服务提供者审核，由即时通信工具服务提供者向互联网信息内容主管部门分类备案。”

对于公众账号的随意关停如何维权，宪法权利又缺乏司法程序的保障等凸显了维权的风险。有人认为，这将会对目前绝大多数由个人经营的微信公众账号产生影响，因为这些微信公众账号大多并不具有互联网新闻信息服务资质，也就是说，这些自媒体将不能再发布、转载时政类新闻。然而，这也并不意味着微信十条设置了新的行政审批。在互联网新闻发布方面，我国政府以前已有相关的规定。这次微信十条就是将《互联网信息服务管理办法》的相关规定具体到即时通信工具公众信息服务这个领域。虽然这种认识有利于对新闻信息的统一管理，但是执行的难度却很大。对此有关部门的解释则有些耐人寻味，“自媒体公众账号是否会被关闭，取决于其是否依法依规发布内容。”显然，目前并没有对个体的公众账号发布、转载新闻信息的行为提出明确的管理办法。在政策不够明确的情况下，发生纠纷当如何处理，公众账号的维权将面临更大的困难。

此外，有人认为“对于违反上述规定的罚则也并非行政机关直接进行处罚，而是依据对用户注册时同意的民事协议，由通信工具服务提供者作出。这是即时通信工具服务提供者和用户之间的民事法律关系，而非行政机关直接越过即时通

曾茜：监管的制度化与信息传播的有序化——我国互联网治理的变化及趋势分析，新闻记者，2014（6）。

王峰：“微信十条”发布：并非新增行政审批，21世纪经济报道，2014年8月8日。



信工具服务提供者进行行政处罚。”这种说法能否成立？同样对于公民言论自由的限制，由社会组织来限制就不是对宪法权利的限制？那么，服务提供者的监管权力从何而来？这个规定是其进行处罚的依据。二者是委托授权的关系，实质上并不改变权力的性质。因此，对于规定的合理性、合法性缺乏必要论证的程序，对于法规之间不协调现象也没有必要的救济程序。

#### （四）互联网即时通信工具中信息内容监管的对策思考

1. 以借助技术手段进行事后监管为主，注重行政机关引导下的社会自我管理（规范的倡导性、原则性较强）将是互联网内容监管发展的趋势

从权力设置的初衷开始重新审视规定的相关内容，我们需要思考“究竟是哪些信息危害严重？必须通过规定来监管？”“微信十条”发布以来，腾讯公司查处的微信账号包括假冒社会公共机构和媒体名义、传播淫秽色情信息、涉暴力恐怖、发布虚假广告、编造传播谣言、破坏民族团结、诽谤他人、侵犯个人隐私共八类违规行为的公众账号，措施包括暂停账号更新7天、15天、30天、90天和永久关闭等。截至2014年8月25日，腾讯公司共暂停更新公众账号311个，永久关闭公众账号46个。首批永久关闭的公众账号中，“浙江新闻”因假冒媒体机构发布虚假信息被关闭。“双甜记”“艾斯8”等因发布大量淫秽色情图片，“纸巾老湿”等因发布大量低俗图文被永久关闭。腾讯落实“微信十条”处置357个公众账号，“在整治行动中，腾讯公司关闭了400多个微信账号，绝大多数是因为传播谣言，也有少部分传播了暴力、色情信息”。而在回答网民《规定》是否将压制言论时，国信办发言人指出，“恰恰相反，《规定》的出台有利于保护正当的言论自由。我们的网络空间不能成为杂乱无序、充满戾气的空间。世界上任何一个国家都不允许谣言、暴力、欺诈、色情、恐怖信息传播。自由和秩序是辩证的关系，任何个人的自由必须在法律的范围内行使，不能突破底线，妨碍他人自由。”从现阶段“微信十条”的实施情况来看，主要是对于发布不良信息的账号采取了关停等措施，这也是服务提供者最为主要的权限。而对于情节严重，构成犯罪的违法行为，主要是根据相关规定（诽谤罪等）在即时通信服务提供者的协助下对具体行为做出相应的处罚。因此，此次即时通信工具服务管理的规定主要是事前控制，以及

---

王峰：“微信十条”发布：并非新增行政审批，21世纪经济报道，2014年8月8日。

同上。

网信办发言人就十条新规约束微信等即时通信工具答记者问，观察者网，[http://www.guancha.cn/Media/2014\\_08\\_07\\_254430.shtml?XGYD](http://www.guancha.cn/Media/2014_08_07_254430.shtml?XGYD)，2014-8-7。

“微信十条”规定对违反协议约定的即时通信工具服务使用者，即时通信工具服务提供者应当视情节采取警示、限制发布、暂停更新直至关闭账号等措施，并保存有关记录，履行向有关主管部门报告的义务。

作为“法律”的补充而发挥作用。行政权力虽然依然在各国的互联网监管中发挥着重要的作用，但是，通过技术手段采取适应互联网特征的治理手段将是未来网络内容监管的主要方式。加强互联网管理虽是世界共识，但是措施也有不同，比如英国更着重技术措施采取自动屏蔽有关不良内容。英国就曾采取封网措施，屏蔽 2 万网站净化网络环境。从根本上来说对于互联网信息内容的监管还是要以网民的自律为主，再加上政府部门（媒体）信息沟通能力的增强，这两条才是必由之路。毕竟，对于网民而言，最为常见的影响微信健康发展的现象，例如虚假信息、过度营销等主要还需依靠网络的“自净”功能。

## 2. 即时通信工具上内容的监管应具有互联网思维

互联网技术的发展，社交媒体的出现使行政力量的监管难度不断增加。社会化媒体阶段，网络内容呈现多元主体参与、多种媒体形式并存等特性。就即时通信工具的管理而言，对于普通公众使用非公众号对时政类新闻进行转载、发布的行为，其实并不能构成实质性的影响，文件对此也没有限制。在网络交错链接的特征面前，对于公众号的“局部”限制其意义究竟何在？况且，这种限制仅仅来自于与提供者之间“七条底线”的协议，而对于对微信等即时通信工具的群组、朋友圈等功能还主要应通过技术的手段加以事后的监管，很难进行事前控制。互联网本身是平等的，网状、链式的传播结构决定了对于局部（公众号）的控制难以真正发挥作用。在泛媒体时代，微信等各类媒体的影响力来源于关系，这种关系并不受到其账号类型的限制，而要看账号的价值有多少。

从互联网技术的发展来看，媒介形态变化很快，即时通信仅仅是其中一类社会化媒体形式，监管部门应该具有“大媒体”的思路，制定针对社交媒体的统一规范。在媒体功能迅速融合的背景下，微博等网络社交媒体同样具备即时通信的功能。因此，对于即时通信专门出台规范是否必要，移动终端只是社会化媒体当中的一部分，政策制定过程中的视野应当尽可能地广泛一些。因此，只有从泛媒体的视野出发，充分运用互联网思维，制定的规范才能够更具有前瞻性、才会产生持久的效果。

## 六、移动游戏出版服务管理制度的完善

网络游戏是通过互联网进行相应游戏规则的操作，是在虚拟社会空间中进行的娱乐活动。有人对网络游戏给出过这样的定义，“网络游戏属于网络经济链中的娱乐文化产业，是信息技术和文化结合的产物，是以宽带互联网技术，计算机软、硬件技术及无线技术的架构为技术核心，各种文化艺术为内涵，涉及意识

薛珪：微信十条：依法管理公众信息势在必行，<http://news.cjn.cn/cjsp/gc/201408/t2518405.htm>，2014-8-8.

观念、文化历史、金融经济、市场运作、法律法规等行业而实现的消费电子产品”。

网络游戏具有相当的复杂性，它涵盖了影像、音乐、故事、历史背景、通信与计算机技术，是这些因素集合起来形成的游戏产品，同时具有娱乐和教育的功能。人们在接触游戏的过程中，自身的意识、观念、文化、价值取向等都会受到一定程度的影响，所以说，它是娱乐产业中一种极具传播力的独特内容形式。因此，各个国家在将其视为一项产业加以政策扶持的同时，也会通过各种制度加强对于游戏的监管。有报告显示，2013年，中国游戏市场销售收入831.7亿元，同比增长38%。进入2014年，移动游戏贡献收入达到125.2亿元，首超网页游戏，跃居第二。同时，移动游戏用户数量约3.3亿人，同比增长89.5%。市场占有率则达到25.2%，比去年同期上升17.7%。尤其值得注意的是，移动游戏已经超越网页游戏，成为网络游戏未来发展的大趋势。2016年6月2日，国家新闻出版广电总局在官网发布《移动游戏出版服务管理的通知》（以下简称《通知》），该文件共有16条，旨在移动游戏迅猛发展的新形势下进一步加强对于移动游戏出版服务的监管。其实，早在2009年，中央编办就已在《关于印发中央编办对文化部、广电总局、新闻出版总署“三定”规定中有关动漫、网络游戏和文化市场综合执法的部分条文的解释的通知》中扩大了文化部对于网络游戏的监管权力，确立了文化部在网络游戏监管中的主导地位。该文件发布一年以后，文化部就出台了《网络游戏管理暂行办法》。该法律文件主要是针对网络游戏经营活动的监管，总共有6章39条。不过，《通知》的出台，将会给网络游戏，特别是移动游戏的监管带来一些新的变化。

### （一）《通知》的主要内容解析

2016年3月10日起实施的《网络出版服务管理规定》第四条规定，国家新闻出版广电总局作为网络出版服务的行业主管部门，负责全国网络出版服务的前置审批和监督管理工作。而此次国家新闻出版广电总局发布的《通知》就是根据《网络出版服务管理规定》制定的，其主要内容涉及移动网络游戏出版服务审批以及内容监管两个方面，《通知》是对《网络出版服务管理规定》关于移动游戏出版监管问题的细化和落实。《网络出版服务管理规定》中提到，网络出版物是指通过信息网络向公众提供的，具有编辑、制作、加工等出版特征的数字化作品，其范围涉及文学、艺术、科学等领域内具有知识性、思想性的文字、图片、地图、游戏、动漫、音视频读物等原创数字化作品。可见，游戏就属于网络出版服务的范畴，对其的审批和监管等都应当符合《网络出版服务管理规定》的要求。而《网络出版服务管理规定》第二十七条规定，“网络游戏上网出版前，必须向所在地省、

---

焦爱萍：《网络游戏的发展与思考》，北京邮电大学学报：社会科学版，2005（7）。

自治区、直辖市出版行政主管部门提出申请，经审核同意后，报国家新闻出版广电总局审批。”总局有关管理部门的相关负责人在对该文件的解读中提到，“网络游戏上网出版”是指网络游戏经营单位将网络游戏通过信息网络向公众提供下载或者在线交互使用等服务行为。对于从事“网络游戏上网出版”服务，我国设立了许可制度。该负责人表示，“关于网络游戏上网出版的审批职责，是经国务院批准，由新闻出版广电总局行使的行政许可审批事项，具有明确的行政法规依据。具体分为两项：一是对出版境外著作权人的网络游戏作品的审批，在国务院公布的行政许可事项目录中编号 27015，依据是 2004 年《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院令 412 号）；二是对出版国产网络游戏作品的审批，在国务院公布的行政许可事项目录中编号 27053，依据是《出版管理条例》。”可以看出，无论是出版境外著作权人，还是出版国产网络游戏都需要经过审批，获得许可之后才能够从事该项服务。如若从事移动游戏出版服务，除了需要符合《网络出版服务管理规定》中关于网络游戏出版服务的一般性要求，此次总局专门出台《通知》，对于移动游戏的审批和监管又做出了更加详细、具体的要求。

#### 1. 要求对移动游戏服务出版实行许可制

审批方面，可以说，从事移动网络游戏服务首先需要取得国家新闻出版广电总局网络出版服务许可，并且是具有游戏出版业务范围的网络出版服务单位。《网络出版服务管理规定》中对于图书、音像、电子、报纸、期刊出版单位从事网络出版服务与其他单位从事网络出版服务分别设定了不同的要求。这就体现在对于非图书、音像、电子、报纸、期刊出版单位从事网络出版服务的，在其主体身份、从业资质、人员等方面相比前者都有更为严格的要求。《网络出版服务管理规定》提出了如下要求，“……（二）有符合国家规定的法定代表人和主要负责人，法定代表人必须是在境内长久居住的具有完全行为能力的中国公民，法定代表人和主要负责人至少 1 人应当具有中级以上出版专业技术人员职业资格；（三）除法定代表人和主要负责人外，有适应网络出版服务范围需要的 8 名以上具有国家新闻出版广电总局认可的出版及相关专业技术职业资格的专职编辑出版人员，其中具有中级以上职业资格的人员不得少于 3 名；（四）有从事网络出版服务所需的内容审核制度。”

其次，从事移动游戏出版服务除了要满足上述相关的条件之外，《通知》则是在《网络出版服务管理规定》相关审批要求的基础上提出了更高的要求。这些特殊的审批要求最显著地体现在建立了游戏出版服务单位负责制和分类审核两项制度。一是确立了由游戏出版服务单位负责移动游戏内容审核等相关工作的制度。

---

总局解读《网络出版服务管理规定》热点问题，<http://news.qq.com/a/20160309/054691.htm>，2016-3-9.

《通知》规定，“游戏出版服务单位负责移动游戏内容审核、出版申报及游戏出版物号申领工作三项职责。”按照许可制，从事移动网络游戏服务，首先需要取得国家新闻出版广电总局网络出版服务许可，并且是具有游戏出版业务范围的网络出版服务单位。“本通知所称游戏出版服务单位是指取得国家新闻出版广电总局网络出版服务许可，具有游戏出版业务范围的网络出版服务单位。”除此之外，该文件还针对移动游戏内容的多样性以及著作权人所在地的差别，按照不同的类型设定了不同的审批要求。第一类：申请出版不涉及政治、军事、民族、宗教等题材内容，且无故事情节或者情节简单的消除类、跑酷类、飞行类、棋牌类、解谜类、体育类、音乐舞蹈类等休闲益智国产移动游戏，由游戏出版服务单位提交申请，省级出版行政主管部门审核通过之后，报送国家新闻出版广电总局审批。第二类：文件要求，申请出版非本通知第三条范围内的国产移动游戏，申请出版境外著作权人授权的移动游戏，需要按照《关于进一步规范出版境外著作权人授权互联网游戏作品和电子游戏出版物申报材料的通知》（新广出办函〔2014〕111号）和《关于启动网络游戏防沉迷实名验证工作的通知》（新出联〔2011〕10号）的要求办理。该条对于申请出版涉及政治、军事、民族、宗教等题材内容，或者是非消除类、跑酷类、飞行类、棋牌类、解谜类、体育类、音乐舞蹈类等情节简单或者有一定故事情节的休闲益智国产移动游戏以及境外著作权人的网络游戏作品的审批提出了有别于其他类型移动游戏的特殊审查要求。此外，还特别强调，对于已经批准出版的移动游戏的升级作品及新资料片需要重新履行相应的审批手续。

## 2. 对移动网络游戏进行事中监督，加强对于“过程”的监管

对于移动游戏上网出版运营过程，《通知》中采取由负责移动游戏运营相关单

（一）游戏出版服务单位按照《出版管理条例》《网络出版服务管理规定》等要求，参照中国音像与数字出版协会制定的《移动游戏内容规范》，审核申请出版的移动游戏内容，填写《出版国产移动游戏作品申请表》（见附件），并在预定上网出版（公测，下同）运营至少20个工作日前，将此表及相关证照的复印件（一式两份）报送属地省级出版行政主管部门。……（四）游戏出版服务单位取得批复文件后，应按批复文件要求，组织游戏上网出版运营，并在游戏上网出版运营后7个工作日内，向属地省级出版行政主管部门书面报告上网出版运营时间、可下载的地址、运营机构数量及主要运营机构名称和是否开放充值等出版运营情况；超过预定上网出版运营时间20个工作日仍不能上网出版的，应及时向属地省级出版行政主管部门书面说明理由。

四、申请出版非本通知第三条范围内的国产移动游戏，按照《关于进一步规范出版境外著作权人授权互联网游戏作品和电子游戏出版物申报材料的通知》（新广出办函〔2014〕111号）（以下简称《规范通知》）和《关于启动网络游戏防沉迷实名验证工作的通知》（新出联〔2011〕10号）的要求办理，其中，《规范通知》附件1所列申报材料中第（二）至（六）项变更为提交《出版国产移动游戏作品申请表》。五、申请出版境外著作权人授权的移动游戏，按照《规范通知》和《关于启动网络游戏防沉迷实名验证工作的通知》的要求办理。

经批准出版的移动游戏的升级作品及新资料片（指故事情节、任务内容、地图形态、人物性格、角色特征、互动功能等发生明显改变，且以附加名称，即在游戏名称不变的情况下增加副标题，或者在游戏名称前增加修饰词，例如《新××》，或者在游戏名称后用数字表明版本的变化，如《××2》等进行推广宣传）视为新作品，按照本通知规定，依其所属类别重新履行相应的审批手续。

位等机构对移动游戏的运营过程进行监督的制度。对于游戏出版服务单位、移动游戏联合运营单位、各类手机、平板电脑等移动智能终端生产和经营单位均分别设定了监管的义务。这些组织的监管职责一方面包括对于相关审批手续是否齐备，即合法性的监管，以此确保审批制度得以落实。另一方面，还要求游戏出版服务单位对于游戏日常运作过程，特别是可能出现的不良内容进行监管。《通知》第八条规定：“移动游戏上网出版运营时，游戏出版服务单位应负责游戏内容的完整性，必须在游戏开始前、《健康游戏忠告》后，设置专门页面，标明游戏著作权人、出版服务单位、批准文号、出版物号等经国家新闻出版广电总局批准的信息，并严格按照已批准的内容出版运营。游戏出版服务单位负责审核并记录游戏日常更新，对擅自添加不良内容的行为，应及时予以制止。对不配合的，应及时报属地省级出版行政主管部门予以处置。情节严重的，属地省级出版行政主管部门可按相应的程序办理游戏出版批准撤销手续，并追究相应的责任。”

在日常的内容监管方面，《通知》第八条规定，“游戏出版服务单位负责审核并记录游戏日常更新，对擅自添加不良内容的行为，应及时予以制止。对不配合的，应及时报属地省级出版行政主管部门予以处置。情节严重的，属地省级出版行政主管部门可按相应的程序办理游戏出版批准撤销手续，并追究相应的责任。”至于游戏出版服务单位内容审核的具体标准，《通知》第三条第一款也提到，游戏出版服务单位按照《出版管理条例》《网络出版服务管理规定》等要求，参照中国音像与数字出版协会制定的《移动游戏内容规范》。而《网络出版服务管理规定》对于内容审核标准的规定，主要是原则性的。相比较而言，《移动游戏内容规范（2016年版）》共有16条，它对于各类审查的内容都做出了更加具体、详细的规定。通过结合《移动游戏内容规范（2016年版）》中的相关规定就使《通知》对于游戏内容审核标准更加具体、更具有可操作性。这也可以说是《通知》的一大亮点。除了对于原有内容的具体化，《移动游戏内容规范》还有一些新的内容审

九、移动游戏联合运营单位在联合运营移动游戏时，必须核验该移动游戏的审批手续是否完备，相关的信息是否标明，不得联合运营未经批准或者相关信息未标明的移动游戏。十、各类手机、平板电脑等移动智能终端生产和经营单位预装移动游戏时，必须核验该移动游戏的审批手续是否完备，相关的信息是否标明，不得预装未经批准或者相关的信息未标明以及侵权盗版的移动游戏。

第二十四条规定，网络出版物不得含有以下内容，主要涉及以下十个方面：（一）反对宪法确定的基本原则的；（二）危害国家统一、主权和领土完整的；（三）泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的；（四）煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结，或者侵害民族风俗、习惯的；（五）宣扬邪教、迷信的；（六）散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；（七）宣扬淫秽、色情、赌博、暴力或者教唆犯罪的；（八）侮辱或者诽谤他人，侵害他人合法权益的；（九）危害社会公德或者民族优秀传统文化的；（十）有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。

比如，第七条 移动游戏不得含有“危害国家统一、主权和领土完整”的内容，包括但不限于：（一）将台湾、香港特别行政区、澳门特别行政区、新疆维吾尔自治区、西藏自治区及钓鱼岛、赤尾屿、南海诸岛等中国任何地区从中华人民共和国分割出去。（二）将台湾、香港特别行政区、澳门特别行政区等中国任何地区作为主权

核的规定：比如，含有赌博的内容，其形式包括具体介绍赌博形式以及赌博器具的使用方法和技巧；设置赌博功能，提供赌博服务；收取或以虚拟货币等方式变相收取与游戏输赢相关的佣金；开设使用游戏积分押输赢、竞猜等功能，未设置用户每局、每日游戏积分输赢数量；提供游戏积分交易、兑换或以虚拟货币等方式变相兑换现金、财物的服务；提供用户间赠予、转让等游戏积分转账服务，等等。可见，内容审核的标准更加清晰。而这些规定，通过将审核内容的精细化，克服了内容要求标准模糊、难以把握的问题，如此也就对权力做出了明确的限定，将有利于移动网络游戏服务单位的利益保护。

## （二）《通知》的意义及存在的问题

### 1. 《通知》将会对移动游戏产业的市场竞争格局产生深远影响

2005年，文化部、信息产业部出台《关于网络游戏发展和管理的若干意见》，这是政府部门对于指导网络游戏发展的纲领性的文件。从政策层面确立了对于网络游戏积极扶持产业发展，丰富人民群众文化娱乐生活以及强化监管、确保游戏产业健康发展的双重目标。对于我国网络游戏产业发展中的问题，文件指出了五个方面的主要问题，“一是网络游戏产品中存在淫秽、色情、赌博、暴力、迷信、非法交易敛财以及危害国家安全等违法和不健康内容。二是拥有自主知识产权的民族原创网络游戏产品未能主导市场。三是经营模式雷同，产品类型单调，以打斗和练级为主的游戏产品占据了较大的市场份额。四是‘私服’‘外挂’等侵犯知识产权、破坏市场秩序的问题突出。五是诱发一系列社会问题，影响缺乏自制能力的未成年人的身心健康。”从市场的发展情况来看，由于创新能力不足，移动网络游戏市场上抄袭和模仿现象普遍。此外，技术等方面的门槛较低，这就导致很多企业一哄而上，这就造成了市场混乱并成为阻碍游戏产业健康发展的障碍。有研究者指出，“由于发展速度太快，相对应的政策法规、人们的接受能力、市场的接受能力、相关行业的接受能力并未完全做好准备，在网游市场上凸现了大量的违规、犯法、侵占他人财产等法律难以界定的边缘事件……。”《通知》的出台，首先，按照级别来看，审批级别更高——由国家新闻广电出版总局负责审批，这将促进相关企业的规范化经营。而《通知》通过审批程序的设置，也提高了参与

---

国家表示。（三）将“中央研究院”“行政院”“总统”等中华人民共和国成立后的台湾地方当局官方机构及职务称谓的引号遗漏。（四）出现中华人民共和国成立后的台湾地方当局官方机构的标识。（五）宣扬侵略内容的……。

类似的规定还有很多。比如，（三）含有宣扬暴力、恐怖、残酷等内容：1. 逼真表现、描述残缺人体或人体被分解等，表现清晰的伤害过程和鲜血喷涌、血流成河、血流满地等场景；2. 刻意表现曝尸、肢解尸体、叉尸、虐尸等有害常理的行为；3. 宣扬、鼓吹大规模杀伤性武器、生化武器、核武器、反人类武器等的作用和效果，刻意渲染大规模杀伤的恐怖场景；4. 刻意表现、设计外形过于恐怖的角色、形象或场景。

焦爱萍：《网络游戏的发展与思考》，北京邮电大学学报：社会科学版，2005（7）。

竞争的门槛，加速了行业的“洗牌”，促进了资源的整合和集约化利用。因为对于普通游戏生产企业而言其必须依靠有资质的网络出版服务单位才能获得参与“竞赛”的资格，而无法达到条件的，就将被淘汰出局。许可制对于推动市场健康发展的作用主要体现在：前置审批将会使一批内容违法的移动游戏无法通过移动网络游戏服务单位的审查而减少“上市”的概率；“事中”的审核程序有利于加强对游戏开发企业对于知识产权的尊重和保护，促进原创游戏的开发；由于资源更多地偏向于已经成熟的少数有一定实力的企业，将会促进资源的快速集中，加速企业做大做强。

不过，“竞争者过度参与、产品生命周期短、研发周期压缩、厂商试错机会有限、产品同质化现象严重”等仍旧是当前移动游戏市场和产业发展过程中存在的主要问题。对此，还需要系统性的政策和专门的法律，并不能完全寄希望于这样一个法律文件。特别是对于解决游戏主题单一、同质化高的问题，《通知》不仅可能无益，反而还有可能会强化这种趋势。审批程序从便于监管的角度为“无故事情节或者情节简单的消除类、跑酷类、飞行类、棋牌类、解谜类、体育类、音乐舞蹈类等休闲益智国产移动游戏”快速审批设定了政策上的“快速通道”，这就可能引导更多的企业制作相类似的游戏，而影响游戏向内容复杂、多样的方向发展。另外，特别是对于未成年人的保护，文件对于较为复杂的国产游戏或者境外著作权人授权的移动游戏，仍然坚持按照网络游戏防沉迷实名验证制度进行审查。但是，这种制度的漏洞却已经暴露，所以，究竟如何保护未成年人免受不良游戏内容的影响仍然需要做进一步的研究。

## 2. 内容监管中引入第三方参与，是对移动游戏监管模式的新探索

在移动游戏的监管中，《通知》提出了由移动游戏服务单位参与监管的思路，这是对于政府“过程”监管不足的完善，有利于纠正互联网领域政府长期重审批轻管理的做法。而对于政府而言，游戏的过程监管本身存在一定的难度，毕竟游戏运营企业数量众多，游戏运作相对复杂，这些都造成了监管的困难。而《通知》尝试引入第三方力量参与游戏运营的管理则能够有利于克服这些不足。第三方的加入对于移动游戏的管理而言就具有很多的优势。最明显的是，它能够更多地了解游戏在运营过程中出现的突发情况，并及时报告以便相关的部门了解并采取相应的措施。比如，“授权游戏出版服务单位负责审核并记录游戏日常更新，对擅自添加不良内容的行为，应及时予以制止。”虽然无处罚权，但这些单位可以报告后由主管部门加以处置。不过，这种监管模式仍然存在一些问题。《通知》规定由游戏出版服务单位进行内容的监管，游戏出版服务单位本身虽有监管的便利，但是，

张洁：移动游戏规模首超网游行业转向细分化，计算机与网络，2014（15）。

严励：“网络游戏防沉迷系统”遭遇挑战，新闻界，2006（1）。



其是否有监管的动力？以及它对于监管要求的落实是否能统一标准？毕竟游戏出版服务单位数量较多，无法完全按照同一个标准审查。另外，如果相关的单位没有履行监管职责，如何承担责任？它又享有哪些权利？对其的授权有何法律上的依据？这些需要回答的问题还有很多。特别是，对于内容的审查，本身就是非常复杂的问题。而《通知》并未将其作为重点，对于相关部门是根据何种标准进行内容的审查？有何程序？当事人对审查结果不满意如何申诉？均未作出规定，而这些既是该文件中非常重要的内容，同时，它也关涉到公民的基本权利问题。因此，在内容监管方面应进一步完善相关的规定。不过，值得肯定的是，此次文件在内容监管方面还是有所突破，注意发挥行业协会的作用，形成了监管的联动效应。从法律层面，自律规范与法律规范一体化，共同发挥作用，有利于克服监管政策和法律过于模糊性、原则性的问题，使法律法规更加具体细化，更具有操作性。

总之，《通知》通过审批和“过程”监管，强化了对移动游戏的管理。但是，其中一些突出的问题还需要引起重视，通过以后继续出台相关的政策和法律法规来完善。一是现有文件可能影响行业的发展活力。《通知》对于秩序的偏重，势必会影响移动游戏市场的活力和效率。因此，政策需要在二者之间寻求权衡和取舍。由于设置更为严格的许可制度，游戏的出版将变得更为困难，这势必会影响到小企业的发展。所以，在监管的同时，还应当制定扶持移动网络游戏产业发展的政策，激发市场活力。特别是对于那些具有较强创新能力的小企业，应避免出现因为审批的门槛而被迫“出局”的局面。二是多头管理的问题。文化部、广电总局等多个部门都对移动游戏有管理权，这就容易出现多重审批，而这也违背政策、法律的初衷。政策目标应该是克服移动游戏不良内容的社会危害，促进游戏产业健康发展，而不是部门利益的重新分配。三是从规范本身的合法性角度，规范增加了前置审批程序，并且是针对内容的监督管理，这会增加对公民基本权利造成侵害的风险。游戏涉及公众的表达利益，应受到充分的保护，因此，针对相关企业的限制政策也应受到合法性的审查。特别是《通知》中的许可制度违反了网络中立的原则，增加了小企业进入移动网络游戏领域的困难，也会使公众丧失接触不同类型游戏的机会。四是该文件具有一定的模糊性，特别是对于内容的监管，并未明确，即便是有协会的补充规定，违法内容究竟具体如何认定仍然会遇到问题，这就可能造成权力的不当行使。最后，文件中对于审批或者内容监管的救济

---

网络中立性是指网络在运作中应当遵循“非歧视性的互联互通”原则。2010年底，联邦通信委员会通过《维护互联网开放性指令》，其目的在于通过对网络运营商施加一定的责任，从而实现网络的“透明性”，这是对提供信息诚信的要求。“中立性”的内涵是禁止屏蔽，凸显对内容中立和发送中立的要求，防止运营商擅自筛选传输内容或阻碍网民发表言论、传送与获取合法信息。“价格中立性”即保障所有消费者都有分享网络资源的公平机会。

制度不足。如果相关的企业对监管存在争议，是否可以进行申诉，有哪些救济途径？这也是需要进一步加以完善的。

## 七、互联网广告监管模式的创新

2016年7月4日国家工商行政管理总局令第87号，即《互联网广告管理暂行办法》（以下简称办法）向外界公布。至此，历时十个多月的互联网广告监管规范终于显现出了它的庐山真面目。《办法》总共29条，将于9月起正式实施。有媒体评论认为，到了那时，我国互联网广告的面貌将会大有改观，互联网广告也将会以新的形象示人。事实上，自从魏则西事件发生后，互联网广告监管的步伐明显提速。国家互联网信息办公室6月25日发布《互联网信息服务搜索服务管理规定》，其中就对从事互联网信息服务推广服务做出了具体的要求，如要求“提供付费搜索信息服务，应当依法查验客户的有关资质，明确付费搜索信息页面比例上限，醒目区分自然搜索结果与付费搜索信息，对付费搜索信息逐条加注显著标识”，等等。此后，从事网络信息搜索推广服务的相关企业纷纷采取了整改措施，一些甚至提出将撤回全部医药广告。而《办法》将所有利用互联网进行商品、服务展示、推广的服务均纳入广告的范畴，明确认定提供网络信息搜索推广服务就是广告活动。9月1日之后，各种形式的与商品、服务有关的网络推销服务都要受到《广告法》《规定》等相关规范的监管。不过，《办法》在理念和制度方面呈现出“监管”与“发展”理念融合、“新旧”制度融合的特点。具体而言，这些特点体现在以下四个方面。

（一）《办法》将“管得住”作为基本要求，弥补《广告法》对网络广告监管的不足

“十二五”时期，全国广告经营额年均增长17.6%，截至2015年底，全国广告经营额5973亿元，比2010年增长了1.5倍，已跃升为世界第二大广告市场。2015年度中国网络广告核心数据显示，中国网络广告市场规模达到2093.7亿元，同比增长36%，较去年增速有所放缓，但仍保持高位。而网络广告的发展也从弹窗广告、电子邮件广告、富媒体广告、搜索推广到程序化购买（包括RTB广告），等等，形式、种类多种多样。不过，随着广告形式的增加，带来的却不仅仅是公

---

互联网广告将被明确标识，新政将掀起一阵“腥风血雨”。艾媒网，2016-7-11，<http://www.iimedia.cn/43153.html>。  
360搜索宣布：放弃一切消费者医疗商业推广业务。中国新闻网，2016年5月3日。

2015年中国网络广告市场规模突破2000亿。艾瑞网，<http://report.iiresearch.cn/content/2016/04/259999.shtml>，  
2016/4/7。

“程序化购买”是互联网广告特有的一种经营模式，俗称“广告联盟”，可通过信息技术自动完成广告采购及广告投放。

众生活的便利。干扰型广告的大量存在，不仅让公众不胜其烦，而且还会出现插件屏蔽，流量劫持等现象，严重影响公众网络体验，甚至还可能造成经济利益的损失。但是，2015年修订后的《广告法》中专门针对互联网广告的规定仅有三条，根本无法满足互联网广告发展及对其监管的需要。而《办法》第三条指出，“本办法所称互联网广告是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介，以文字、图片、音频、视频或者其他形式，直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告。”可见，《办法》将所有通过网络媒介的推销服务均认为是广告活动。而这也是基于对当前各类互联网商业广告的本质所做出的判断，如今互联网已经将信息、关系、服务融为一体，而其中的任何形式都可能是为“商品或服务的推销”这个根本目的服务的。难怪，《规定》出台之后就有文章感叹，“一夜之间，互联网公司都成了广告公司。”其实这也不奇怪，只要有信息、关系、服务存在，就会存在“广告”，既然网络媒介在功能上都已深度融合，其就都具备了从事广告推销或展示服务的条件。不过，《办法》还是列举了一些互联网广告的形式，主要包括：（1）推销商品或者服务的含有链接的文字、图片或者视频等形式的广告；（2）推销商品或者服务的电子邮件广告；（3）推销商品或者服务的付费搜索广告；（4）推销商品或者服务的商业性展示中的广告，法律、法规和规章规定经营者应当向消费者提供的信息的展示依照其规定；（5）其他通过互联网媒介推销商品或者服务的商业广告。因此，《办法》中进一步加强了对（1）、（2）、（3）类网络广告的监管力度，使规范更加完善，发挥了“补丁”的作用。而（4）则主要是针对随着大数据技术发展而产生的程序化购买这个新兴广告形式。

（二）《办法》为产业发展服务，将为其提供制度性保障作为最重要的目标

《办法》虽然从互联网广告发展中的问题出发，首先要解决当前监管中规范不完善，力度不够的问题，但是，针对我国广告业发展基础薄弱、潜力和空间尚未被充分挖掘的现状，促进产业健康发展也是非常重要的政策诉求。几乎与《办法》颁布的同时，工商总局发布了《广告产业发展“十三五”规划》（以下简称《规划》），其中就提到了我国广告产业发展面临的严峻形势。“与发达国家相比，广告业规模在国内生产总值中的比重较低，发展质量和效益还处于较低的水平。市场主体小、散、弱导致行业低效服务过剩，发展方式粗放，结构性矛盾突出。传统和新型产业形态缺乏标准引领，产业融合乏力……总之，我国广告业的发展现状与当前我国经济、社会和文化发展的要求还有一定的差距，广告业创新发展任重道远。”对此，《规划》提出了“十三五”期间广告产业发展的几项重点任务。比如，要求提

---

参见《广告法》第四十三至四十五条。

一夜之间，互联网公司都成了广告公司。东方头条，<http://mini.eastday.com/a/160710182132775-2.html>，2016.7.10。

升广告企业的服务能力。“打造具有国际化服务能力的大型广告企业集团，服务国家自主品牌建设，提高对自主品牌传播的综合服务能力，争取能产生年广告经营额超千亿元的广告企业集团，20 个年广告经营额超百亿元、50 个年广告营业额超 20 亿元的广告企业。培育一批创新能力强、具有专业服务能力的大型骨干广告企业，提高其在广告服务及相关专业领域的竞争力，产生 200 个年经营额超亿元的骨干广告企业。”再比如，还有一项举措是推进广告产业融合发展。支持广告业与互联网产业融合发展，规范数字广告程序化交易管理，建立新的数字广告生态。鼓励广告业以“互联网+广告”为核心，实现跨媒介、跨平台、跨终端整合服务，等等。

所以说，我国广告产业的创新发展仍然面临很多的困难，《办法》在制定过程中就听取了相关业界的意见，体现了规范对于产业创新发展诉求的考量和满足。除此之外，《办法》的出台将发挥对产业创新发展的引导功能，有学者指出，“可以预见，随着《互联网广告管理暂行办法》的深入执行，一个公平公正、透明高效的互联网广告商业环境将值得期待。而一个规范、健康的互联网商业环境，也将帮助企业探索出更加健康、更有可持续发展之力的商业模式。”而《办法》通过对一些广告传播中的“初级手段”的制约，例如确保弹窗广告能够一键关闭，不得以欺骗方式诱使用户点击广告内容。未经允许，不得在用户发送的电子邮件中附加广告或者广告链接，等等，由此引导广告走创新发展之路，尤其是朝着融合化、智能化的更“高端”方向发展。还有，《办法》通过对不正当竞争行为的规制，有利于规范企业的广告市场竞争行为。比如，《规定》明确要求，“互联网广告活动中不得有下列行为：（一）提供或者利用应用程序、硬件等对他人正当经营的广告采取拦截、过滤、覆盖、快进等限制措施；（二）利用网络通路、网络设备、应用程序等破坏正常广告数据传输，篡改或者遮挡他人正当经营的广告，擅自加载广告；（三）利用虚假的统计数据、传播效果或者互联网媒介价值，诱导错误报价，谋取不正当利益或者损害他人利益。”可以预见，大量技术含量低、创意能力欠缺、市场经验不足的广告公司将随着《办法》的推行而被迫退出市场，而那些勇于创新，还有在创意、市场策略等方面具有特长的广告公司将会迎来更大的发展机遇。

### （三）《办法》体现新旧广告监管制度的融合

此次《规范》的出台主要是解决互联网广告发展和监管法律规范不完善的问题。

喻国明：《互联网广告管理暂行办法》释放了什么信号？·界面，<http://www.jiemian.com/article/736597.html>，2016.7.10。

罗超：互联网广告新规正式出台 哪些行业将会受到重大影响·虎嗅网，<http://www.huxiu.com/article/155383.html>，2016.7.8。

题，是《广告法》的重要补充。如同我国对于互联网信息内容的监管模式主要还是将过去传统媒体内容监管经验的一种创造性的“平移”或“嫁接”，《办法》针对互联网广告的监管也采取了新旧监管制度的融合模式。在媒介融合时代，传统广告的一些监管制度同样可以适用。这主要体现在：一是针对特殊类型产品、服务的广告采取审批、许可制。第五条规定，“法律、行政法规规定禁止生产、销售的商品或者提供的服务，以及禁止发布广告的商品或者服务，任何单位或者个人不得在互联网上设计、制作、代理、发布广告。”还有，第六条“医疗、药品、特殊医学用途配方食品、医疗器械、农药、兽药、保健食品广告等法律、行政法规规定须经广告审查机关进行审查的特殊商品或者服务的广告，未经审查，不得发布。”这就是建立了依据不同的产品类型建立的分类审批的管理制度。《办法》出台之后相关的部门会强化这方面的执法力度，以保障规范的有效实施。二是作为广告发布者、经营者承担部分的广告监管义务，对其加以重点管理。例如第十二条，“互联网广告发布者、广告经营者应当按照国家有关规定建立、健全互联网广告业务的承接登记、审核、档案管理制度；审核查验并登记广告主的名称、地址和有效联系方式等主体身份信息，建立登记档案并定期核实更新。互联网广告发布者、广告经营者应当查验有关证明文件，核对广告内容，对内容不符或者证明文件不全的广告，不得设计、制作、代理、发布。”不过需要注意的一点是，“不同于传统广告，《暂行办法》将互联网广告发布者的行为特征界定为‘推送或者展示’，并规定能够核对广告内容、决定广告发布的自然人、法人或者其他组织是互联网广告的广告发布者，依法承担《广告法》所规定的预先查验证明文件、核对广告内容的义务。”此外，第十二条第三款还提出互联网广告发布者、经营者应建立广告审查员制度。“互联网广告发布者、广告经营者应当配备熟悉广告法规的广告审查人员；有条件的还应当设立专门机构，负责互联网广告的审查。”这些都体现了《办法》对于传统广告监管经验和制度的借鉴，一些传统广告的监管制度仍然是网络广告监管制度的重要组成部分，这就体现了融媒体时代广告监管中新旧制度的融合。

（四）《办法》展现出融合媒体时代监管制度的雏形，能够代表广告监管未来的发展趋势

《办法》不仅注重对发展、监管两种价值的平衡兼顾，而且更重要的是它充分体现了融媒体时代信息内容监管规范的基本特征和未来趋势。

1. 《办法》是推动互联网治理生态圈建设的重要探索和实践

互联网广告的治理体系涉及不同的主体，而广告良性发展的生态圈一旦被破

坏其中任何一方的利益都会受到影响。政府担负着广告监管的主要职责，它的参与体现在对于产业整体发展和监管的顶层设计，而且还负责具体制度和规范的建设 and 实施。广告发布者、经营者一直是广告监管的重要参与者之一。随着数字媒体的发展，广告发生了很大变化。程序化广告的比例在逐年上升，程序化广告商业模式已日益成熟。这进一步推动了广告发布者、经营者在推送或展示服务中的监管责任。《办法》是第一部关于程序化广告监管的行政规范，这也标志着程序化广告已经进入了监管时代。

首先，确立了程序化广告的法律地位。文件第十三条指出，“互联网广告可以以程序化购买广告的方式，通过广告需求方平台、媒介方平台以及广告信息交换平台等所提供的信息整合、数据分析等服务进行有针对性的发布。”

其次，对程序化广告的各个参与主体进行了划分。“广告需求方平台是指整合广告主需求，为广告主提供发布服务的广告主服务平台。广告需求方平台的经营者是互联网广告发布者、广告经营者。媒介方平台是指整合媒介方资源，为媒介所有者或者管理者提供程序化的广告分配和筛选的媒介服务平台。广告信息交换平台是提供数据交换、分析匹配、交易结算等服务的数据处理平台。”

最后，确立了程序化广告参与各方的监管责任。第十五条，“广告需求方平台经营者、媒介方平台经营者、广告信息交换平台经营者以及媒介方平台的成员，在订立互联网广告合同时，应当查验合同相对方的主体身份证明文件、真实名称、地址和有效联系方式等信息，建立登记档案并定期核实更新。媒介方平台经营者、广告信息交换平台经营者以及媒介方平台成员，对其明知或者应知的违法广告，应当采取删除、屏蔽、断开链接等技术措施和管理措施，予以制止。”此次《办法》的出台，与传统广告监管制度最大的不同还在于监管体系中，广告主地位的明显上升。这是因为新媒体时代广告传播权利发生了转移，广告主可以通过自设网站或者拥有合法使用权限的互联网媒介自行发布广告，也可以委托互联网广告经营者、广告发布者发布广告。相较于《广告法》将监管重点放在广告发布者、经营者，《办法》将广告主作为第一责任人。这是监管政策与时俱进的体现，预示着“广告主自治”将成为今后广告监管的核心制度之一。对于广告主的义务，《办法》第十条明确提出，“互联网广告主应当对广告内容的真实性负责。”“广告主发布互联网广告需具备的主体身份、行政许可、引证内容等证明文件，应当真实、合法、有效”。还特别要求，“互联网广告主委托互联网广告经营者、广告发布者发布广告，修改广告内容时，应当以书面形式或者其他可以被确认的方式通知为其提供服务的互联网广告经营者、广告发布者。”随着自媒体的大量出现，《办法》确定了以广告主自治为核心的广告监管体系。除此之外，互联网广告的监管还离不开公众的参与。通过各种方式调动公众参与监督违法广告的积极性，保障公众违法广告的投诉、举报权，才能最终形成“主体自治、行业自律、社会监督、政府监管”

的广告社会共治生态圈。由此可见，新时期，由多方共同参与的广告治理生态圈将是互联网治理的“新常态”。

不难看出《办法》的出台对于自媒体广告的监管提供了更加有力的制度保障。对于自媒体广告的监管，一方面是明确了广告主的监管责任，必须对“真实性”负责。另外，对于未参与互联网广告经营的互联网信息服务提供者而言，也需要承担相关的责任。《办法》第十七条提到，“未参与互联网广告经营活动，仅为互联网广告提供信息服务的互联网信息服务提供者，对其明知或者应知利用其信息服务发布违法广告的，应当予以制止。”这就表明，对于互联网广告中此类主体的监管主要是借鉴了信息网络传播权中的“红旗原则”，互联网信息服务提供者需要为违法广告承担有限的责任。此外，自媒体广告的发布者、经营者，在从事“推送或展示”服务时，也需要承担相应的义务。

2.《办法》体现了政府创新监管理念和制度，力求从实际出发，保持“权力”的谦抑性

互联网技术的发展，推动“赋权”的同时，也使权力变得不能够任性。公私法融合背后体现的是面对社会新的问题，监管制度正在走向融合。特别是互联网信息内容的监管方面，一些私法规则，比如“通知删除”制度等值得借鉴。《办法》多处体现了广告监管为适应“新常态”而进行的创新。第十一条，“为广告主或者广告经营者推送或者展示互联网广告，并能够核对广告内容、决定广告发布的自然人、法人或者其他组织，是互联网广告的发布者。”第十七条，“未参与互联网广告经营活动，仅为互联网广告提供信息服务的互联网信息服务提供者，对其明知或者应知利用其信息服务发布违法广告的，应当予以制止。”第十条第四款，“互联网广告主委托互联网广告经营者、广告发布者发布广告，修改广告内容时，应当以书面形式或者其他可以被确认的方式通知为其提供服务的互联网广告经营者、广告发布者。”这些都充分地体现了广告监管制度与时俱进，从互联网发展规律出发，理性应对的政策取向。特别是，从中可以看到，“权力”的谦抑和保持了必要的“克制”，这是符合社会发展趋势的。互联网广告发布者或者经营者之所以不再是广告监管的核心，这是因为互联网的技术特点决定了对于终端所呈现的广告内容，广告主可以随时更改，而不再像传统媒体时代，广告内容一旦提交给媒体，那就是静止的，不会再变，而互联网广告是“易变”的，如果再让发布者承担与过去相同的责任，就是不合理的，也不尽如人情，更不会有效。由此可以看出，《办法》既具有前瞻性，又从实际出发，是与社会有效互动的成果。2001年《北京市网络广告管理暂行办法》第十条曾有过这样的规定，“经营性互联网信息服务提供者发布网络广告，应将制作完成并经过审查的网络广告上传至‘网络广告管理中心’，同时附加网站注册得到的电子标识、企业所属审查员的代码，以及广告发布的计划。‘网络广告管理中心’将根据广告发布计划将该网络广告发送至

目标网站，并于计划执行完毕后，将该广告的相关资料自动返还给提交广告的网站。对于已具有集中发布网络广告性质的网站或‘网站联盟’性质的网络广告运作联合体，其广告发布部分的数据库应与‘网络广告管理中心’实现联网。”显然，这条规定在今天来看，不仅会严重影响广告发布的效率，而且在广告数量和种类如此丰富的现实情况下，也很难具有可行性。在这方面，《办法》确立的社会共治模式明显有了很大的进步。

此外，监管创新还体现在对管辖权的规定上。根据互联网广告的特征和互联网广告业发展的新趋势，文件中对互联网广告违法行为的管辖权进行了规定。“一是以广告发布者所在地管辖为主。根据《工商行政管理机关行政处罚程序规定》中确定的广告发布者所在地管辖的原则为基础，《暂行办法》第十八条规定了‘对互联网广告违法行为实施行政处罚，由广告发布者所在地工商行政管理部门管辖。广告发布者所在地工商行政管理部门管辖异地广告主、广告经营者有困难的，可以将广告主、广告经营者的违法情况移交广告主、广告经营者所在地工商行政管理部门处理。’”同时，还要求以广告主所在地、广告经营者所在地管辖为辅。而对广告主自行发布广告的，由广告主所在地管辖。这种政策的灵活性，将有利于监管效率的提升，确保规范的有效实施。总之，《办法》中很多地方都体现了监管制度的创新，这些也都构成了文件的亮点。

### 3. 《办法》“以人为本”，体现了对于公众权利保障的积极尝试

融媒体时代不仅对于政府的广告监管是一次全新的挑战，而且对于公众权利的保障也是一个新的课题。互联网广告规范在促进产业发展，推动相关广告经营制度完善的同时，也需要加强对公众权利保障制度的探索。有学者指出，《办法》体现了用户权益保障成为立法保护的核心。具体包括对知情权、安宁权、自由选择权、投诉和举报权等权利的保障。不过，面对程序化广告等新兴事物，权利保障的问题也需要有新的思路。比如，RTB广告在运行过程中涉及对大量个人信息的使用，而如何充分保障公众的个人信息控制权，目前在我国的立法和实践层面都还面临不少的困难。《办法》虽然体现了加强程序化广告监管的政策导向，但是，在公众权利保障等方面，今后还需要完善相关的细则。特别是，随着RTB广告的监管，将从粗放阶段进入集约化时代，权利的保障需要更加精细化，这也是广告产业持续创新发展的需要。

### 4. 《办法》以技术为支撑，不断提升广告治理的能力和水平

互联网广告形式日新月异，新产品层出不穷，这背后的推动力是信息技术的发展。对互联网广告的监管，也需要有足够的技术作为保障。否则，对于违法广

人民日报记者独家采访工商总局有关负责人解读互联网广告新规，国家工商总局网站，2016年7月11日。

朱巍：互联网广告新规四大亮点，今日头条，<http://toutiao.com/a6305525161933537538/>，2016.7.10。

杨秀：大数据时代定向广告中的个人信息保护，中国社会科学网，2015-11-17。



告的监管只可能是纸上谈兵。比如,《办法》规定广告主对广告真实性负有审查的义务,因此,行政监管就主要是一种“事后监管”。而这种对于互联网广告的“事后监管”,在互联网条件下还面临很大的困难,如果脱离开技术的支撑,监管制度就根本不具有可行性。显然,这就需要借助技术手段才能达到“事后监管”的目的。国家工商总局相关负责人今年4月曾对媒体表示,工商总局已经委托浙江省工商局,建立国家互联网广告监测中心。2017年,就可以对互联网上95%的广告进行监测。大数据时代,包括广告监管在内的社会治理都将会越来越多地运用到新技术和新举措,而这对于政府也将是更大的挑战。《广告产业发展“十三五”规划》中提到,“提升依法监管、科学监管广告活动的能力。全面建成启用包括互联网在内的广告监测中心和监管调度指挥平台。分析、研判广告市场秩序现状、趋势和社会热点,及时发现、制止可能造成社会不良影响的广告和其他违法广告。加强事中事后监管,建立广告信用监管制度,完善广告活动主体失信惩戒机制。”因此,这个目标的实现,就需要治理体系中的相关各方继续加强相互沟通、交流,共同应对新技术对互联网广告发展及其监管所带来的困难和挑战。

## 八、应用服务规范化与互联网全面监管时代的到来

为了创造互联网+的良好运行环境,完善网络监管的规范体系,2016年6月28日,国家互联网信息办公室发布《移动互联网应用程序信息服务管理规定》(以下简称《规定》)。其核心是明确了移动互联网应用程序(下称APP)提供者的义务,以及互联网应用商店服务提供者对APP提供者的管理责任。事实上,早在2014年,根据国务院授权国家网信办全面负责互联网内容管理和执法工作之后,就有媒体报道,国家网信办将出台APP管理办法,而且北京将先行试点推行APP管理办法。北京网信办主任佟力强也曾透露,北京正在研究制定《北京市APP应用程序公众信息服务发展管理暂行办法》《北京市即时通信工具公众信息服务发展管理暂时规定实施细则》《北京市互联网新技术新业务审批暂行办法》等系列法规。2014年11月27日,北京市网信办、首都互联网协会网络信息技术安全专业委员会召集50多家移动客户端、APP应用商店、APP工场,共同签署《北京市移动互联网应用程序公众信息服务自律公约》,这是行业协会牵头制定和公布的专门针对APP信息服务中相关问题的自律规范。而在2014年8月,网信办还发布了被称作“微信十条”的发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》,对于微信等即时通信工具类的应用程序信息服务提出了法律上的要求。而这份文件主要调节的是微信等即时通信工具类应用服务提供者与用户之间的关系,其中就要

---

国家工商总局:明年95%互联网广告将被监测。京华时报,2016年4月23日。

求公众账号应向主管部门备案，并要求用户遵循“后台实名、前台自愿”的原则。此外，2015年11月，工信部制定了《移动智能终端应用软件（APP）预置和分发管理暂行规定》并对外公开征求意见。而直到今年6月，国家网信办《规定》的发布，是我国针对APP管理的第一部正式法规，它标志着互联网全面监管时代的到来。

### （一）APP 发展中的乱象及监管的紧迫性

有媒体报道，2014年，全国APP应用商店共378家，北京属地的有129家，占全国的34%。而在这些APP应用商店中，产品数量超10万款的，全国范围内共有22家。苹果宣称2014年苹果AppStore上的应用已经超过100万个。其应用商店总下载量在四年时间里达到了350亿次。谷歌也透露，2014年其安卓平台APP应用已达70万个。而根据国家互联网信息办公室有关负责人在回答记者就有关《规定》问题提问时提供的相关信息，目前在国内应用商店上架的APP超过400万款，且数量还在高速增长。APP高速地发展，是为了满足互联网时代社会公众多元化的需求，也体现了国家推动互联网+战略所取得的成效。不过，另一方面，在APP运行过程中，也引发了许多不容忽视和亟待解决的问题。据360互联网安全中心日前发布的《2014年APP广告插件安全研究报告》显示，当前安卓平台1000款热门应用中，最流行的10款APP广告插件均涉及收集用户隐私信息、滥用隐私权限的情况。此外，还存在消耗手机流量、躲避安全软件检测等多种不良行为。再比如，广东省公安厅网警总队开通“违法APP曝光台”，曝光了2016年第一季度安全问题突出的20款APP，这些APP要么窃取用户信息，要么擅自使用付费业务，有的还危害互联网网络安全，主要为一些游戏类的APP应用，有的下载量高达数百万。概括起来，这些突出的问题集中包括非法收集个人信息、侵犯隐私、网络安全缺乏保障、广告营销信息推送过度、给用户增加不必要的资费、用户安装时的知情权保障不充分，等等。有人认为，当前APP存在的主要问题可大致分成四类。

（1）利用APP发布虚假信息、散布谣言、窃取用户隐私、进行非法营销、传播淫秽低俗信息等违法、不良现象屡禁不止。

（2）APP为用户提供专业化服务时，需要用户的个人数据，但有些APP在事先未讲明的情况下，随意抓取用户信息，非法使用，甚至出售个人信息；

（3）有不法商家为了追求客户数量，非法窃取手机通讯录信息，通过推送促销广告，引诱其他用户加入其APP。部分用户在毫不知情的情况下安装了带有“木马”的手机APP，给了不法分子可乘之机，通过快捷支付功能实施银行卡盗刷；

（4）许多APP无视国家关于新闻信息服务的资质管理法规，变相开展新闻信息服务。恶意篡改内容，故意骇人听闻，混淆视听，歪曲事实的现象较多。甚至

有 APP 公然违反国家法律规定，利用“翻墙”“盗链”等方式获取和传播境外非法来源信息。《规定》的出台，是针对 APP 监管的政府指导性文件，对于完善我国互联网监管和治理的法律体系，特别是遏制不良 APP 快速蔓延的态势，将会产生深远的影响。

## （二）《规定》要点解读

首先，《规定》内容简洁，总共 11 条，是对于 APP 政府监管的指导性文件，主要是规定了移动互联网应用程序（下称 APP）提供者的义务，以及互联网应用商店服务提供者对 APP 提供者的管理责任。对于互联网应用程序提供者的管理责任，文件第七条做了如下规定，“移动互联网应用程序提供者应当严格落实信息安全管理责任，依法履行以下义务：（一）按照后台实名、前台自愿的原则，对注册用户进行基于移动电话号码等真实身份信息认证。（二）建立健全用户信息安全保护机制，收集、使用用户个人信息应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集使用信息的目的、方式和范围，并经用户同意。（三）建立健全信息内容审核管理机制，对发布违法违规信息内容的，视情况采取警示、限制功能、暂停更新、关闭账号等处置措施，保存记录并向有关主管部门报告。（四）依法保障用户在安装或使用过程中的知情权和选择权，未向用户明示并经用户同意，不得开启收集地理位置、读取通讯录、使用摄像头、启用录音等功能，不得开启与服务无关的功能，不得捆绑安装无关的应用程序。（五）尊重和保护知识产权，不得制作、发布侵犯他人知识产权的应用程序。（六）记录用户日志信息，并保存 60 日。”在国家网信办负责人就《规定》答记者问时，将应用程序提供者的信息安全管理责任概括为“六项义务”：一是按照“后台实名、前台自愿”的原则，对注册用户进行真实身份信息认证；二是建立健全用户信息安全保护机制；三是建立健全信息内容审核管理机制，对发布违法违规信息内容的，视情况采取警示、限制功能、暂停更新、关闭账号等处置措施；四是依法保障用户的知情权和选择权；五是尊重和保护知识产权，不得制作、发布侵犯他人知识产权的应用程序；六是记录用户日志信息，并保存 60 日。可以看出，其中提到的“后台实名、前台自愿”原则，在“微信十条”中就已经确立了，只不过这次是将该原则扩大到所有类型的 APP 应用中。例如其中第六条就提到，“即时通信工具服务提供者应当按照‘后台实名、前台自愿’的原则，要求即时通信工具服务使用者通过真实身份信息认证后注册账号。”此外，《规定》第七条第（二）、（四）款的规定，将有利于保障用户的信息控制权。鉴于对 APP 技术和功能复杂性的深刻认识，文件明确指出，应用服务提供者“不得开启收集地理位置、读取通讯录、使用摄像头、启用录音等功能，

---

50 多家移动客户端、APP 应用商店于 26 日签署《北京市移动互联网应用程序公众信息服务自律公约》。参见《北京治理移动 APP 下架 67 款恶意应用程序》，人民网，2014 年 12 月 11 日。

不得开启与服务无关的功能,不得捆绑安装无关的应用程序”,由此实现对用户权利的保障。最后,从加强用户 APP 应用服务使用行为监管的角度,《规定》除了明确了“后台实名、前台自愿”的要求,还在第七条第三款中规定了应用程序提供者的内容审查义务,以及相关的管理措施。

其次,《规定》最鲜明的一个特点是,确立了互联网应用商店服务提供者对 APP 提供者的管理责任,即规定了互联网应用商店服务提供者相较于其他主体在 APP 监管中需要承担更大的责任和义务。而这个制度的设计,主要还是出于对 APP 市场监管规范的可操作性和实效性的考量。文件对“互联网应用商店”作出了明确的界定,为“通过互联网提供应用软件浏览、搜索、下载或开发工具和产品发布服务的平台”,其范围不仅仅包括类似“App Store”这样的平台,还包括一些浏览器。《规定》要求互联网应用商店服务提供者应当向应用程序提供者履行“四项管理责任”:一是对应用程序提供者进行真实性、安全性、合法性等审核,建立信用管理制度;二是督促应用程序提供者保护用户信息,完整提供应用程序获取和使用用户信息的说明,并向用户呈现;三是督促应用程序提供者发布合法的信息内容,建立健全安全审核机制,配备与服务规模相适应的专业人员;四是督促应用程序提供者发布合法应用程序,尊重和保护应用程序提供者的知识产权。而《规定》中针对互联网应用商店服务提供者义务的相关内容,“互联网应用商店服务提供者应当对应用程序提供者履行以下管理责任:(一)对应用程序提供者进行真实性、安全性、合法性等审核,建立信用管理制度,并向所在地省、自治区、直辖市互联网信息办公室分类备案。(二)督促应用程序提供者保护用户信息,完整提供应用程序获取和使用用户信息的说明,并向用户呈现。(三)督促应用程序提供者发布合法信息内容,建立健全安全审核机制,配备与服务规模相适应的专业人员。(四)督促应用程序提供者发布合法应用程序,尊重和保护应用程序提供者的知识产权。对违反前款规定的应用程序提供者,视情况采取警示、暂停发布、下架应用程序等措施,保存记录并向有关主管部门报告。”从中可以看出,应用商店服务提供者对于应用程序提供者需要履行真实性、安全性、合法性的审核义务,这应当说是保障 APP 安全、健康运行的重要举措,是监管规范的重点。而且,该条第一款中还提到,应当建立针对应用程序服务提供者的“信用管理制度”,“并向所在地省、自治区、直辖市互联网信息办公室分类备案”,这将有利于监管效率的提高和遏制不良 APP 的发展势头。还有第三款规定“督促应用程序提供者发布合法信息内容”,这将有利于强化对 APP 违规发布新闻信息现象的监管,推动新闻信息服务的资质管理法规的落实。此外,该条第四款还提到,对于所发布的应用程序,存在侵犯他人知识产权问题的,明确提到了应用程序提供者对此类行为

---

国家互联网信息办公室有关负责人就《移动互联网应用程序信息服务管理规定》答记者问.新华社,2016-6-29.

的应对措施，“视情况采取警示、暂停发布、下架应用程序等措施，保存记录并向有关主管部门报告”。

文件中还需值得注意的一点是，它对于 APP 信息服务内涵的界定十分广泛。比如《规定》第二条提到“在中华人民共和国境内通过移动互联网应用程序提供信息服务，从事互联网应用商店服务，应当遵守本规定。本规定所称移动互联网应用程序，是指通过预装、下载等方式获取并运行在移动智能终端上、向用户提供信息服务的应用软件。”可见，《规定》中移动互联网应用程序的监管范围，不仅仅体现在内容方面，还包括预装、下载等方式引发的信息安全问题，而此前的《移动智能终端应用软件（APP）预置和分发管理暂行规定》中也有针对预装等问题的相关规定。对此，有研究者指出，《规定》将有利于化解 APP 监管主体冲突的问题。“我国这些年产生的 APP 乱象实在太多，几百万的 APP 监管实在太困难，而且相关资质审核部门也太过繁杂，仅依靠某个部门的特殊性管理，这对于治理乱象而言实在是难上加难。新政明文将各级网信办作为执法和监督的主体，由网信部门去协调各个部门，统筹规划，终结‘九龙治水’的局面，毫无疑问，这将是非常有效的。同时，对于 APP 经营者来说，‘一个婆家’远比‘七大姑八大姨’好得多，这也最大限度地减少了经营者的制度成本，有利于 APP 市场的健康发展。”

最后，文件还有针对促进 APP 发展的鼓励性规范，例如第四条，“鼓励各级党政机关、企事业单位和各人民团体积极运用移动互联网应用程序，推进政务公开，提供公共服务，促进经济社会发展。”这体现出文件对于 APP 规制过程中，监管和发展、公平与效率不同利益的兼顾和平衡。

总之，《规定》构建了政府监管机构、应用商店服务提供者、应用程序提供者三个层面的 APP 监管责任和监管体系。而且它们之间确立了明确的分工，应用程序提供者主要是针对用户，对其内容负有审查义务。应用商店服务提供者主要是承担了督促应用程序提供者履行保障信息安全的相关责任，而网信办主要负责对应用商店服务提供者、应用程序提供者履行相关义务情况的监管工作。

### （三）《规定》的主要问题及其完善建议

1. 《规定》是对于 APP 监管的指导性文件，规范存在内容不够具体、执行中不易操作的问题

整个规范文件的指导性、模糊性较强，而在明确性、可操作性方面存在不足。一是文件中原则性的规定较多，APP 治理的规范体系仍不健全，需要其他细则相配合。比如，第九条提到，“互联网应用商店服务提供者和移动互联网应用程序提供者应当签订服务协议，明确双方权利义务，共同遵守法律法规和平台公约。”此

---

该文件公开征求意见之后也就没有了下文。

朱巍：APP 新政将给我们带来什么改变，今日头条，<http://toutiao.com/i6301160889668076033/>，2016-6-28。

外，我们也发现，对于 APP 发布虚假信息、散布网络谣言、窃取用户隐私、进行非法营销、传播淫秽低俗信息等违法不良现象，50 余家相关企业也曾共同制定并且签署了《北京市移动互联网应用程序公众信息服务自律公约》。这个自律性规范主要涉及了“带头坚持依法办网”“切实维护网络安全”“积极传递正能量”“坚决抵制违法不良信息”“充分保护用户合法权益”“共同维护公平竞争环境”“勇于承担社会责任”等七个方面的内容。不过，该文件还只是对于 APP 不良现象治理的一次表态和集体宣示，从规范层面来看，由于规范的高度概括性使其不太可能会产生实质性的约束效力。虽然一些地方也着手制定相关的实施细则，但是目前这方面的工作还比较迟缓。比如，《北京市 APP 应用程序公众信息服务发展管理暂行办法》也迟迟没有出台。这就会造成 APP 监管规范体系的漏洞和缺陷，在实践层面还需要各地、各部门根据要求出台相关的实施细则。二是《规定》没有明确相关的保障措施和责任后果。该文件虽然是通过强化和突出移动互联网应用程序提供者的义务，以及互联网应用商店服务提供者对 APP 提供者的管理责任，由此实现对于 APP 市场监管的目标，然而，除了遇到侵犯知识产权的情况，互联网应用商店服务提供者并无具体、可操作的应对措施。根据《规定》，互联网应用商店服务提供者履行监管责任只能靠“督促”的方式，由于缺乏必要的制度保障，也就增加了相关主体执行的难度。还有，对于互联网应用商店服务提供者、应用程序提供者未能有效履行监管责任的情况应当如何处罚，文章中也没有这方面的规定，这就会造成相关权力机构在执法过程中出现无法可依或者自由裁量权过大的问题。三是《规定》的模糊性还造成对于用户权益的保障不完善，缺乏有力的措施。“……出台的规定，虽然也高度重视用户权益保障，比如‘建立健全用户信息安全保护机制’‘依法保障用户在安装或使用过程中的知情权和选择权’等，但并没有针对窃取隐私、恶意扣费、诱骗欺诈等诸多侵犯用户权益的现象开出详细而有效的治理药方。尤其是当用户权益受到损害后，移动互联网应用程序提供者应该承担哪些法律责任，对用户应该作出哪些赔偿，理应受到哪些严厉处罚，上述规定并没有明确。也就是说，该规定缺少明确、详细的责任认定和罚则，从某种意义上说，该规定是没有牙齿的老虎，那么对于违规侵权者就缺乏威慑力。”比如，针对卸载问题，工信部制定的《移动智能终端应用软件（APP）预置和分发管理暂行规定》中将卸载作为一项重要的公众权利，而且对于卸载的方式、方法都做了十分详尽的规定。该文件第六条第一款规定，“生产企业和互联网信息服务提供者均应通过用户提示、企业网站等方式明示所提供移动智能终端应用软件的信息，包括名称、功能描述、卸载方法、开发者信息、软件安装及运行所需权限

---

冯海宁：APP 新规需强化用户权益保障，证券时报，<http://finance.591hx.com/article/2016-07-01/0000618434s.shtml>，2016-6-30。

列表等，明确告知用户应用软件收集、使用用户个人信息的内容、目的、方式和范围等。”从事与应用程序相关的业务，除了要保障公众的卸载知情权外，该文件还提出要实现用户对于应用程序的使用控制权、决定权。比如，文件第七条规定，“生产企业和互联网信息服务提供者应确保除基本功能软件外的移动智能终端应用软件可卸载。”而《规定》针对 APP 使用中的公众权利规定得并不完善，将会限制为公众权利提供有效的保护。四是《规定》在 APP 信息服务的权力监管和执法方面仍然存在很多的漏洞。《移动智能终端应用软件（APP）预置和分发管理暂行规定》中还具体规定了监管部门的职责，而《规定》缺乏这方面的内容。例如第九条“通信主管部门应对生产企业和互联网信息服务提供者落实本规定相关要求情况进行监督检查。（一）通信主管部门应组织专业检测机构对生产企业预置的和互联网信息服务提供者提供的应用软件开展监督检测和恶意应用软件认定工作，相关的企业应给予配合，并提供便捷的获取应用软件的条件。（二）检测机构应及时将认定结果提交通信主管部门，通信主管部门依据检测结果要求并监督相关的生产企业进行整改，相关的省、自治区、直辖市通信管理局负责通知并监督互联网信息服务提供者下架恶意应用软件，并将下架情况报工业和信息化部。（三）通信主管部门向社会通报监督检查和检测情况。（四）对于紧急情况以及互联网信息服务提供者未按要求及时下架违法应用软件的，通信主管部门可依法依规要求有关单位采取处置措施。”由此可见该文件对于 APP 预置、分发等 APP 运行方面的相关问题都规定得比较具体。而《规定》中 APP 行政执法程序等相关内容的缺失，也可能造成在执法过程中出现滥用权力或者是监督效果受限制等问题。

此外，笔者通过对苹果、小米等应用商店审核规则的研究发现，这些应用商店对于应用程序提供者的审核标准非常详细。比如，小米的应用程序审查就包括应用功能（Functionality）、应用展示（App Properties）和广告（AD）、应用内容（Contents of App）、损坏设备（Damage to Device）、法律要求（Legal Requirements）、商务要求（Business Requirements）、活动审核（Activities）、完美图标审核（Icon）、应用视频预览审核（Video Demo Review）等九个方面的内容。其中，应用功能中对于应用存在恶意行为的审查就包含应用存在病毒、应用存在吸费行为、应用消耗过多的网络流量、应用未经用户许可拨打电话、应用未运行但是仍会启动 GPS、蓝牙等系统功能等恶意行为类型。针对应用内容的审查包括应用存在暴力内容、应用存在色情内容、应用存在非法金钱交易或内容、政治问题、用户使用感受、应用内抽奖、彩票相关功能等七项内容。广告审查方面的内容涉及应用存在诱导用户点击广告的行为、应用未经用户许可修改系统默认设置、应用具有诱导用户赚取积分兑换货币或奖品的功能、应用使用过程中频繁弹出悬浮窗广告，中断用户操作，影响用户体验、应用广告中包含不良或违法信息等 19 项广告相关的审查内容。由此可见，对于应用程序提供者的监管，应用商店服务提供者的规定可谓

非常详细、具体，在这方面已经积累了不少经验，这些优势也就是《规定》为何要将其作为 APP 监管重要主体的原因。另一方面，由于这些规范都还只是应用商店服务提供者自己制定的，因此，其影响力和效力不足，而且在对用户利益的保障方面仍存在缺陷。因此，APP 相关法律、法规的完善应当尽可能地吸收 APP 治理方面的经验，并且还要进一步加强对相关用户权利的法律保障。

2. 在 APP 监管的理念以及审批、监管的具体制度设计方面仍存在不少问题

在制度设计方面，对于 APP 的监管，要求实行备案制，设定了较高标准的准入门槛，而且存在“重事前审批、轻事后管理”等问题。一是《规定》对于 APP 的监管，建立了事先审核、备案制度。第八条就提到，互联网应用商店服务提供者应当对应用程序提供者进行真实性、安全性、合法性等审核，建立信用管理制度，并向所在地省、自治区、直辖市互联网信息办公室分类备案。而对于事先审查制度，目前还存在着较大的争议。比如，一家 APP 公司相关负责人认为，“对产品备案的操作性不强，其产品每一两周就进行更新，审查会很烦琐。比如某些教育类软件应用，一节课就是一个 APP 更加不可行。”而过去，对于 APP 上线并未规定明确的备案制。二是对从事 APP 运营实行许可制，而许可制本身存在着很大的漏洞。文件第五条提到“通过移动互联网应用程序提供信息服务，应当依法取得法律法规规定的相关资质。从事互联网应用商店服务，还应当在业务上线运营 30 日内向所在地省、自治区、直辖市互联网信息办公室备案。”不过，文件没有对许可的具体内容做出规定。对此相关 APP 企业负责人就提出，“备案、审核等方案并不现实，如果 APP 已成立企业可提供营业执照，但仍有大量个人开发者，数目众多，以相关部门的人力排查恐怕十分困难。”这就能够看出，许可、审核本身在操作性方面还存在不少问题。另外，从内容来看，APP 的类型是非常复杂的，涉及游戏、新闻、生活服务等众多领域。为了满足社会生活不同领域的需要，APP 在功能设计、运作等方面，也都存在很大的差别。那么，对其是否也应有不同的审查标准？“一刀切”地为所有 APP 都设定较高的准入门槛又是否必要？

从监管思路来看，《规定》应对 APP 乱象丛生的问题，主要还是着眼于事先的审查，提高 APP 的准入门槛。对此，有人赞成，认为“有必要提高 APP 的准入门槛，尤其是特殊的 APP 领域，如新闻客户端或网络交易的应用程序”。不过，也有人主张应该“宽进严管”。知名 IT 评论人魏武挥认为应该降低门槛、加强管理、加大打击力度，“让做坏事的付出极大的代价”，“我认为门槛不要设置得高高

薛松：应用程序发展管理办法将出台 开发 APP 或需备案年审，广州日报，2014 年 10 月 28 日。

周慧：6APP 新政实施 互联网迎来全面监管时代，21 世纪经济报道，2016-6-29。

薛松：应用程序发展管理办法将出台 开发 APP 或需备案年审，广州日报，2014 年 10 月 28 日。

国家网信办将出台 APP 应用程序发展管理办法新京报，2014 年 10 月 27 日。



的，只要能进来，随便什么都能做。相反地，应该把门槛降低，谁都可以做，搞活市场经济嘛。但是要严格管理、建立重罚体系，一旦侵害了消费者利益，严厉惩罚，有市场禁入制度。”这其实是涉及 APP 监管理念和思路的重要问题。当前，促进互联网发展已经上升为国家战略，互联网+战略是实现国家经济、社会跨越式发展的重要抓手。4 月份国务院发布《关于深入实施“互联网+流通”行动计划的意见》，推动互联网+在社会各个领域的广泛应用。从可操作性以及促进 APP 发展的角度，我们还是主张针对 APP 的监管，应不断地提高处罚力度，加强事后的监管。

最后，除了 APP 监管规范体系不健全，特别是相关的规范不具体、不明确之外，已有的规范还存在执行不到位的问题。互联网领域，从个人信息保护、网络诈骗、干扰广告到网络新闻信息服务的监管等都已经制定了很多的法律，大大地缓解了网络空间治理“无法可依”的困境，但是，监管领域最突出的问题还是执法不严，规范没有得到有效落实的问题。这就是说，我们的规范性文件之间并没有达到合理的排列组合，而规范冲突、重叠的现象却更为常见。所以说，互联网监管领域理顺相关的规范性文件，使之相互配合形成合力就显得尤为重要。而《规定》仅仅是行政法规中位阶较低的部门规章，因此它在法律效力方面将受到很大的限制。面对 APP 的监管，应当考虑如何通过法律体系的建设将政策的指导性意见纳入法治化的轨道，由此将会为监管提供更持久、有效的法治保障。而且需要通过立法完善具体的保障制度和措施，由此强化相关法律的执行力。有人指出，“比如说，在立法中明确手机网站、监管机关对山寨 APP 程序的审查义务和失察责任，明确相关手机网站可以作为承担法律责任的诉讼主体以及对于消费者的先行赔偿义务。也就是说，如果有证据证明载有山寨 APP 程序的网站没有尽到谨慎的审查义务而导致消费者经济损失、信息泄露，消费者即可选择将该网站和山寨 APP 制作者作为共同被告诉至法院，在消费者无法查找山寨 APP 制作者时可由手机网站先行承担赔偿责任，手机网站在履行赔偿责任之后可以向山寨 APP 制作者追偿。此规定的作出有助于促使手机网站严格地审查上传的 APP 程序。”

在 APP 产业链中，应用商店服务提供商往往处于弱势地位，手机厂商希望预置更多的应用，此时出于商业利益的考量，应用商店很可能会降低审查的标准。因此，各种微观层面的具体制度对于监管政策、法规的落实是极其重要的。另外，除了加强事后追惩、事后监督外，对于 APP 的监管，还需要发动社会力量共同参与，形成“共治”的机制。比如，建立不良 APP 软件网络举报中心，发动公众对于各种不良 APP 进行举报，从而提高监管的效率。还有，行业协会牵头制定相关企业共同签订的自律性规范，这也是 APP 社会“共治”的重要组成部分。

---

言莹：网信办将出台管理办法 APP 应用有了“紧箍咒”。新闻晨报，2014 年 10 月 28 日。

闫斌，王君：论山寨 APP 程序的危害及法律应对。经济与社会发展，2015（3）。

## 第六章 网络内容监管法治化的制度实践（二）：对保障机制建构的考察<sup>①</sup>

上面通过对网络内容监管领域具有代表性的法律文件及标志性事件的深入考察，从网络内容监管角度勾勒出了网络治理“中国方案”的内涵，主要回答了“是什么”“怎么样”的问题。这部分从国家制度建设角度，重点阐释了网络内容法治化保障机制的发展状况。包括网络内容法治化治理专门、统一机构的设立提升了治理的效率；政务公开为媒体与公众的网络表达和参与创造了更加有利的条件；网络内容执法程序规则等程序性规范的完善，健全了网络内容治理的规则体系。

### 一、统一管理机构与互联网内容法治化治理的组织创新

#### （一）国家网信办重组背景：服务于国家网络安全与信息化建设大战略

2014年8月26日发布的国办〔2014〕33号文件通知称，为了促进互联网信息服务健康有序发展，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护国家安全和公共利益，授权重新组建的国家互联网信息办公室负责全国互联网信息内容管理工作，并负责监督执法。而年前刚刚成立中央网络安全和信息化领导小组（下称中央网信小组），2014年2月27日，媒体报道中共中央网络安全和信息化领导小组召开第一次会议。该机构的办公室也设在国家网信办，国家网信办同时加挂中央网络安全和信息化领导小组办公室的牌子。对于这个机构成立的意义，国家行政学院教授汪玉凯指出，该机构的组建使信息化及网络安全的领导机构已从国家层面上升到了党中央层面这个更高层次的领导和议事协调机构。组长也不是

---

本章的相关内容已分别在《新闻传播与媒介法治研究报告》（2015、2016年度）刊发或在其他杂志上发表。

国家网信办重组 国务院授权其负责互联网内容管理执法，观察家，2014-8-28，[http://www.guancha.cn/politics/2014\\_08\\_28\\_261572.shtml](http://www.guancha.cn/politics/2014_08_28_261572.shtml)。

政府总理，而是党的总书记，使该机构对于党中央、军委、人大等机构的协调能力大大增强。该机构的成立可以说与党中央对当前的网络安全与信息化形势的战略认识是分不开的。而网络安全与信息化成为国家战略，主要受到几方面因素的影响。

第一，信息技术的飞速发展，推动信息化时代的到来，而信息化已对整个社会的政治、经济、文化等各个方面都产生深刻的影响。信息化与社会各个领域结合，就能够极大地推动这些领域的发展，信息流带动技术流、资金流、人才流，它已成为当今社会发展的重要动力。因此，信息资源日益成为重要生产要素和社会财富，信息的掌握和应用能力成为国家软实力和竞争力的重要标志。

第二，但从世界范围来看，我国的信息化能力提升还面临诸多困难，我们虽说是拥有六亿网民的网络大国，但却不是网络强国。在网络空间中，中国还属于第三世界。有学者指出，“如果按照‘三个世界’理论来描述，在网络空间方面可以分为三类国家：一是网络霸权国家。美国依靠互联网域名管理及技术上的优势，成为网络空间唯一的超级霸权国家。二是网络独立国家。如德、英、法、日、韩等国。这些国家尽管受到网络霸权国家的影响，但已经具备网络国防意识，或制定了国家网络安全战略和规划，或正筹备建立独立的国内网。如德国在 2013 年 10 月提出建立‘零监控’的国内通信网，伊朗政府在被‘震网’病毒攻击后，宣布建立国域网。三是网络空间租客国家。包括我国在内的大部分国家，受制于发展现状及网络信息技术瓶颈，在网络空间上受制于网络霸权国家。”而且，我国网络相关的核心技术远落后于一些西方国家，国外品牌基本垄断了国内计算机的硬件、软件产业。我国所有的移动终端和台式电脑也都几乎被苹果、安卓、微软这三大品牌的操作系统所垄断。

第三，一直以来，我国的信息产业对于国外企业、产品近乎“完全开放”，这就使国家、公民的网络信息安全存在很大的隐患。特别是近年来，我国政府的网络大量被攻击，有关部门负责人在国务院新闻办举行的新闻发布会上曾向记者提到，“中国是网络攻击的受害国，每个月有 1 万多个网站被篡改，80% 的政府网站受到过攻击，这些网络攻击主要来自美国。”2013 年 6 月“美国斯诺登事件”和我国解放军两支部队被美军公布都可以看出，我们的网络漏洞或者说风险已经达到了一定的程度。所以说，信息安全是国家安全的重要内容，也是确保国家政治安全、经济安全、文化安全和军事安全的前提条件。

第四，在社会、经济的转型时期，社会矛盾大量增加，这时候网络中管理的滞后，极易使得信息能力提高的同时增加社会的不安定。然而，面对信息化时代

---

汪玉凯：中央网络安全和信息化领导小组的由来及其影响，中国信息安全，2014（3）。

谢新洲：网络空间治理须加强六个方面的顶层设计，人民网，2014 年 6 月 6 日。

国家网信办：80% 政府网站受到过攻击，南方日报，2014 年 10 月 31 日。

的到来，当前最大的问题是，我们的管理落后，特别是管理体制、机制都无法适应网络技术和网络社会的发展。因此，要解决这些问题，就迫切要求把网络安全与信息化建设上升为国家战略，对网络安全与信息化建设从战略层面进行“顶层设计”。而中央网络安全和信息化领导小组将网络的发展与治理作为该机构的两大使命，习近平指出网络安全与信息化要并行不悖，它们是实现网络强国目标的重要支撑和保障。他还提到，没有网络安全就没有国家安全，没有信息化就没有现代化，中央网络安全和信息化领导小组的任务是，要发挥集中统一领导作用，统筹协调各个领域的网络安全和信息化重大问题，制定实施国家网络安全和信息化发展战略、宏观规划和重大政策，不断增强安全保障能力。网络安全和信息化是一体之两翼、驱动之双轮，必须统一谋划、统一部署、统一推进、统一实施。由此可见，该机构成立之后由它直接负责制定推动网络安全与信息化发展的战略，统筹协调全国各个领域网络安全与信息化中的重大问题，这与之前设在国务院的信息化协调机构是有很大不同的。

## （二）网信办的工作职责及成立后的相关举措

2014年8月26日，国家网信办重组，国家互联网信息办公室被授权进行全国互联网信息内容管理工作，并负责监督管理执法。而且国家网信办同时加挂中央网络安全和信息化领导小组办公室的牌子，由此可见，网信办是中央网络安全和信息化领导小组的具体执行机构。中央网络安全和信息化领导小组办事机构即为中央网络安全和信息化领导小组办公室，而由国家互联网信息办公室承担具体职责。网信办的职责也会将发展与治理并重，推动中央建设网络强国目标的战略部署得以实现以及国家大政方针的落实。其职责主要涉及三个方面的内容：

（1）中央网络安全和信息化领导小组着眼国家安全和长远发展，统筹协调涉及经济、政治、文化、社会及军事等各个领域的网络安全和信息化重大问题。

（2）研究制定网络安全和信息化发展战略、宏观规划和重大政策；

（3）推动国家网络安全和信息化法治建设，不断增强安全保障能力。

而根据国务院授权网信办成立之后，它在制定和推动互联网信息传播法治建设以及网络内容的监督执法方面有不少新的举措。最明显的是，其制定和推动立法的数量、效率在国务院其他下属部门中也是非常罕见的。网信办重组以来，一方面推动网络信息化建设与发展。如2014年9月10日网信办下发通知，要求全国各地网信部门推动党政机关、企事业单位和人民团体积极运用即时工具开展政务信息服务工作等；另一方面加强网络治理。比如，2014年这方面的举措就包括8月7日网信办正式发布《即时通信工具公众信息服务发展管理暂行规定》，以十

---

汪玉凯：中央网络安全和信息化领导小组的由来及其影响，中国信息安全，2014（3）。

条规定规范以微信为代表的即时通信工具的公众信息服务，简称“微信十条”。9月24日，国家网信办、工信部、工商总局召开“整治网络弹窗”专题座谈会，专项研究治理网络弹窗乱象，决定近期启动“整治网络弹窗”专项行动，进一步加大对网络弹窗的整治力度，严肃查处传播淫秽色情信息、木马病毒、诈骗信息等非法弹窗行为。11月6日，国家网信办召开跟帖评论管理专题会，新华网、人民网、新浪网、搜狐网、网易网、腾讯网等29家网站在会议上签署了《跟帖评论自律管理承诺书》。12月8日，网信办近期根据群众举报，对传播色情、低俗、虚假、谣言信息的迅雷弹窗服务采取关停措施，另对8家故意编发、炒作低俗内容的网站进行了查处，等等。总之，推动和完善互联网相关立法是其工作的重要内容，而且今后网信办立法的任务依然繁重。网信办计划今后继续制定或推动与互联网新闻信息服务管理、网络广告监管相关的规范，并且正在推动互联网网络安全审查制度，将对关系国家安全和公共利益的系统使用的重要技术产品和服务进行网络安全审查等。

### （三）网信办互联网内容管理与执法监督初见成效

网信办对于网络内容管理及监督执法的经验主要体现在以下几个方面。

第一，从成立以来，在互联网治理问题上，网信办出台监管规范的速度让外界瞩目，不断推动各类针对新的网络平台的监管措施，给人一种政府主动、积极作为的良好形象。成立以来，已开展了打击网络谣言、政治类有害信息、淫秽色情、网络敲诈等专项行动，严厉打击网络攻击、网络暴力、网络诈骗、网络窃密等违法犯罪活动。对于网络空间中出现的新问题，网信办及时跟进，进行监管，在一定的程度上维护了国家、社会与网民的利益，促进了新媒体平台的健康发展。网信办面对“新问题”一改过去一些行政部门行动迟缓，等到问题严重后才出手的“懒政”思维，及时回应公众反映强烈的问题，得到社会好评。国内民调机构零点调查公司发布的“党的十八大以来国内网络生态环境”调查报告，其中一项结论显示，对于“网民普遍肯定党的十八大以来网络环境的积极变化”网民普遍表示认可，并盛赞网络空间日渐清朗。

第二，这个机构的成立对于网络空间的管理也是一种体制的创新。它在一定的程度上改善了网络内容管理“九龙治水”多头管理的局面，弥补了执法能力严重不足的弊病。

第三，网信办对于网络空间的监管，也充分体现了国家社会治理理念和方法的创新。网络空间体现为多终端、多媒体、多主体、社交性强的特征，而且新的媒体形态层出不穷，这就使网络的违法活动具有复杂、难以发现、影响范围广、

---

国辉：2014年网信办网络安全大事记，中国信息安全，2014（12）。

网信办：2015年着力解决公众反映强烈的问题，中国青年报，2015-3-3。

危害性大等特殊性，对于新的现象监管也必须得有新办法。比如，“微信十条”在互联网内容监管问题上就是一次探索、创新。在监管模式上，尝试依靠社会组织参与网络信息的管理，以此来应对网络信息数量庞大、难以管理的现实困境。微信等即时通信的管理引入了网信办管理网络信息服务提供者，后者监管公众号使用者的模式，由此降低了政府管理的压力，从“全面抓”转向了重点、局部的监管，这是互联网内容监管的一次积极的探索。在当前互联网空间的治理方面，网信办立足于“管得住”，大胆实践，也为国家治理能力现代化积累了宝贵的经验。

不过，网信办的网络内容管理目前还存在一些问题。一是政策出台过快，容易产生效率不高、民主性不够等问题。网信办为了推动建立理性客观、正能量的网络空间，已经出台了許多监管的规范性文件。与国务院下属其他部门相比，它出台监管规范的速度和效率是很少见的。虽然这是为了适应网络技术更新快、新问题不断涌现的社会现实需要，但作为政府的规范性文件，如果仓促出台，就可能因准备不足而出现科学性不够的问题，从而降低监管的效率，导致规范的预见性、前瞻性不足。对外经济贸易大学法学院副教授卢海君指出，“互联网立法要兼顾保守性和前瞻性。既不可操之过急，以防阻碍创新，也要立足长远，为新技术的发展留下足够空间。”另外，规范出台的过于频繁，也会降低公众对于政策的可预见性。现代民主社会，政府的立法一般都需要先向社会征求意见，民主性是对规范性文件的一项基本的要求。民主社会，只有民众事先知晓的政策，他们才会遵守。最后，权力机关规范出台的过快，在公众心里就很难留下深刻的印象，规范性文件的执行效力就会大大降低。二是监管权的法律层级低，执法“力度”不够。网信办虽然被赋予网络内容管理与监督执法的权力，但是，目前这种权力在落实过程中往往需要借助于其他部门的协助，单靠网信办自身由于缺乏对执法权力的明确、具体授权，以及在运行的制度规范、相应的制度保障等方面存在诸多的不完善，这就使网络空间的管理中，执法“力度”不足。网络空间的管理，监管压力大，特别是从推动国家网络安全与信息化的角度来看，它肩负着重要的使命，需要面对整个互联网空间推动相关的立法、执法，鉴于其担负的重要使命和职责，这既需要国家更高层级的权力授权，也就需要有强大的“执行力”作为后盾。比如，在网络色情的监管问题上，有人赞成执法权应都集中到网信办，“因为我听说网信办现在也要准备立法增加它的执法权，把它作为一个执法部门来看待。而且网信办又是一个网络内容主管部门，所以我觉得可以考虑相对集中处罚权，根据《行政处罚法》，将多个行政机关的执法权集中到一个行政机关来行使，可以把有关网络淫秽色情的处罚权集中到网信办，这样的话能提高联动的

---

网信办连办三场座谈 研讨用法治撑起网络蓝天，人民日报，2014年10月28日。

效率。”不过，也有人表达了不同的意见。“当然，我们可以考虑网络执法的决定权与执行权的分离，这需要制度设计。比如说，网信办可以就职权范围内的案件作出行政违法决定，然后交给公安的网络保卫部门去执行，这也是可能的。”总之，网信办的执法权如何落实的问题是必须先加以解决的。三是权力运作的法治化程序有待加强。在立法层面，网络空间立法是网络治理的重要内容。清华大学法学院院长王振民认为，“首先需要网信办等相关的主管部门加强顶层设计，从立法、执法、守法等各方面总体考虑，提出建设法治化网络的总目标、总任务，制定时间表、路线图。”而这项工作更是十分艰巨，对此网信办副主任任贤良有很真切的表述，“我国的互联网立法存在及时性不够、系统性不强、法律位阶较低等问题，特别是随着网络新技术新业务快速发展，相关的法律问题不断涌现，如网民财产权益受侵害后难以取证、网络侵权案件管辖权存在争议、跨国网络犯罪法律适用困难等。我们要结合网络空间的全球化、虚拟化、动态化等特征以及互联网发展最新态势，加强顶层设计，构建互联网法律体系，认真展开调研，围绕关键基础设施、互联网资源、信息安全、垃圾信息、网络版权、电子商务、网络犯罪等方面及时开展相关的立法和法律修订工作。”此外，网信办自身网络监管的法治化，也已成为业界的期待。有人对于网信办的监管也有这样的建言，“我们现在经常会写一些通知、公告等文件，这时我们常会引用一些标准、制度，如果有相关的法律文件，我们更愿意引用法律条文，因为它比这些标准、制度的级别更高。这样一来，我们往下推行推进一些工作的时候，可能会更顺利一些，所以从工作的角度上，希望法律尽快完善。”还有，在网信办权力增加的同时，对其如何监督，以及权利的救济都是需要跟进解决的问题。对于网信办的行政处理决定，当事人都有申请行政复议或者向法院寻求救济的权利。

#### （四）网络内容监管权力完善的路径

1. 服务国家网络安全与信息化建设的目标，网信办的职权需通过立法明确界定

2014年，围绕着如何推动网络安全与信息化工作，网信办组织了多场研讨会。9月24日，网信办召开信息化形势研判专家高层研讨会。国家互联网信息办公室副主任王秀军提出，要把握我国信息化发展的新特点，充分发挥专家和智库的建言献策作用，大力推进网络安全和信息化工作。11月5日，网信办组织召开有关

---

谢永江：关于打击网络色情的几点看法，参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10。

谢君泽：打击网络违法犯罪急需升级侦查执法手段，参见“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”，博客中国，<http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>，2015.1.10。

网信办连办三场座谈 研讨用法治撑起网络蓝天，人民日报，2014年10月28日。

网信办副主任任贤良：加强顶层设计构建互联网法律体系，人民网，2014年8月28日。

他们眼中的“网信办”，中国信息安全，2014（12）。

部委负责人、专家学者和企业负责人专题座谈会，就如何贯彻落实四中全会精神，推进信息化发展和保障国家网络安全进行专题研讨。11月21日，网信办组织召开有关部委负责人、专家学者和企业负责人专题座谈会，就如何贯彻落实四中全会精神，推进信息化发展和保障国家网络安全进行专题研讨。2014年8月26日，第十三届中国互联网大会在京举行，国家互联网信息办公室副主任任贤良在大会开幕式上作主旨报告，阐述了他的网络安全观。他指出互联网发展应紧跟信息技术革命潮流，积极投身网络强国建设，安全是创新的前提和发展的保障，是互联网的生命线和核心竞争力的标志。从中我们也能够看到他对于网信办功能的理解。他认为网络安全应从五个方面着手。

第一，将创新作为互联网发展的永恒主线。

第二，要将媒体融合作为互联网发展的重要内容。

第三，要将安全作为互联网发展的有力保障。

第四，将责任作为互联网发展的内在要求。

第五，要将法制作为互联网建设的工具。

从他对于网络安全的五点论述中，能够体会到网络安全概念涵盖习近平所讲的网络安全与信息化，发展与治理这两个方面，体现了网信办着眼于国家安全推进网络治理与发展的整体思路。不过，服务网络安全与信息化建设的整体目标，网信办的职权范围需通过立法进一步明确地界定，否则就可能因职责界定模糊，而制约其推动网络安全与信息化重大战略目标的实现。但目前，其自身权限并未在法律上给予明确的界定。有律师就指出，“关于网信办自身的法律地位与法律授权问题希望进一步明确。关于互联网信息内容管理，希望有上位法的支撑。明确网信办和其他的几大部委在内容管理上的职责与权限。国信办也好，网信办也好，应在国务院的体系里边明晰定位。”因此，网信办需要先解决身份不清、主体地位不明、职责不清的问题。该律师表示，“在四中全会强调依法治国、强调科学立法，严格执法的背景下，网信办或者说国信办，要解决这个立法上的瑕疵，应获得全国人大常委会或者全国人大立法明确的授权。”在此基础上，实现网络安全与信息化的国家战略，还要求在法律上应做到网络监管权力的合理配置，做好规范之间的衔接而不冲突。网信办一方面应当在自身的权限范围内根据《关于维护互联网安全的决定》和《关于加强网络信息保护的决定》等法律文件出台网络监管与执法的实施细则，推动全国人大互联网监管的立法精神、要求的落实。另一方面，也应适时推动网络空间的规范能够向更高层次的法律“迈进”，通过国务院向全国人大提出立法建议，从而通过法律的形式从根本上推动网络安全与信息化

---

任贤良：安全是互联网发展的有力保障，新华网，2014年8月26日。

他们眼中的“网信办”，中国信息安全，2014（12）。

同上。



建设。中国社科院法学所传媒与信息法研究室主任、研究员陈欣新指出：“但是无论是老网信办还是新网信办，最大的问题在于它属于国务院的办事机构，无权制定规章，只能制定规范性文件。”这就限制了其权力的行使范围，面对自己权限之外的问题时就需要通过国务院或者人大立法解决。最后，由于互联网空间的治理涉及的领域相对广泛，而国务院的相关部委也都对网络空间的发展与治理在自己的职权范围内负有相应的法定职责。这就要求对于网络空间的监管，网信办需要与其他部门分工合作，对于权力进行合理配置，从而在网络治理和发展上形成合力。总之，在推动互联网治理与发展中法治体系的整体设计是非常重要的，网信办面对纷繁复杂的网络空间治理难题，需要事先做好立法的规划，明确自身的角色，这样才能更好地发挥作用。互联网内容监管，机构和法律都分散，这次只是机构合一，法律还没有到位，应通过立法赋予国家网信在网络安全与信息化建设中明确的法律地位。

## 2. 网信办应在网络安全与信息化建设中做好服务，促进社会与公民利益的实现

网信办成立以来，网络监管领域出现了不少新气象，这是国家网络安全与信息化建设新思路的体现，也反映了中央对于国家治理体系与能力现代化的要求。应该说，网信办对网络内容的管理及监督执法是解决网络安全与信息化建设问题的一个重要途径，是推动国家网络安全与信息化建设的重要组成部分。无论发展还是治理，目标都是服务于国家、社会、个人的利益。不过，治理网络空间，激发正能量的同时，网信办还需要处理好网络安全与社会发展之间的关系，特别是在推动我国的信息技术，网络的产品的科技研发、支持企业的技术创新上多做工作，从而推动信息产业的更快发展。北大教授陈钟认为，从全世界的经验来看，安全问题需要通过产业的方式来解决。“我国虽然在世界互联网大会争取了一定的主动权，但我们能否提出普世价值观适应其他国家和民族是一个问题……网信办抓国家战略时应有能够以不变应万变的对策，特别是能够创造一个有利于企业、行业创新的环境。”由此可见，安全问题的根本解决还依赖技术、管理的共同进步，技术对于信息化时代而言又是极为关键的。这就需要通过立法规划，尽快完善关键信息基础设施保护等法律法规，对重要技术产品和服务提出安全管理要求。还有在互联网信息内容的管理中，除了监管的一面，也应当重视公众在网络文化建设中的作用。在规范性文件制定中，从注重制定义务性的规范向增加提倡、引导性规范过渡，推动社会的信息服务，繁荣发展网络文化。此外，对于网络内容的治理如果从信息论的角度来看，就应当推动信息的流动，注重利用各种媒体和传播的技术、手段使国家意志得以落实，而技术、传播能力是解决信息化问题的关键。总之，网络强国目标的实现，需要全社会的共同参与，网信办在着眼国家

---

2014年度中国十大传媒法事例专家点评意见，中国社会科学网，2015年1月11日。  
他们眼中的“网信办”，中国信息安全，2014（12）。

利益时，也要平衡国家利益与民众的利益，特别是要推动解决公民、社会在网络安全与信息化方面的需要和问题。

## 二、网络时代的政务公开与媒体参与

### （一）政务公开的理论基础

大众媒体的新闻报道活动离不开对信息的获取，而政务信息是新闻报道中最为重要的一类信息。据统计，政府拥有全社会信息资源总量的 80%。对于新闻媒体的报道而言，信息的接近权与信息的传播权是两类最为重要的权利。通过大众传媒的信息公开，是公众实现其知情权非常重要的形式。国家推动政务信息的公开也是满足媒体、公众知情权的体现。学者们认为，得知权是政府信息公开的理论基础。有学者指出，“得知权的法制化进程，可以从总体上试划分为三个阶段。一是得知权理念的自由生长及其被初步法制化时期。二是得知权受到国家保密制度的严格制约时期。三是得知权突破束缚大发展时期。但因得知权在各国展开与发展的时间并不一致，故以上三个阶段在各国出现的时间常有不同。”而近代各国知情权的发展，早期主要都是以保障新闻媒体，也就是新闻报道自由的法治化为主要形式和特征。瑞典于 1766 年制定自由出版法，法国、美国等国的基本法中关于言论出版自由的规定，也都包含了由此保障公众知情权这个宪法权利的蕴含。1948 年《世界人权宣言》第 19 条规定，“人人有权享有主张和发表意见的自由，此项权利包括持有主张而不受干涉的自由，通过任何媒介和不论国境寻求、接受、传递消息与思想的自由”。1789 年法国人权宣言第十五条的内容是，“社会有权要求全体公务人员报告其工作”，也体现了公民对国家公共事务享有全面得知权的理念。德国州将新闻出版界的信息情报收集权和政府有向新闻出版界提供信息情报义务写入了各州宪法或州出版法。各国新闻报道自由发展的历史，其实也就是信息获取权利不断扩大的历史。而为了保护信息自由，各国政府几乎都制定了保障信息公开的专门法律。

党的十七大报告提出保障人民群众的知情权、参与权、表达权和监督权，而保障信息的自由流动是实现“四权”的基本条件。20 世纪 80 年代，我国就由村务公开开始，在各个领域逐步探索政务公开的制度。此后，又不断地扩大到乡镇机关、厂务公开等其他领域。2004 年，国务院就在《关于全面推进依法行政实施纲要》中提出“推进政府信息公开”。2010 年，国务院《关于加强法治政府建设的意见》提到“全面推进政务公开”。党的十八届四中全会《中共中央关于全面

---

赵正群.得知权理念及其在我国的初步实践[J].中国法学, 2001 (3).

同上。

推进依法治国若干重大问题的决定》要求推进决策公开、执行公开、管理公开、服务公开、结果公开等“五公开”。而在推进政府政务信息公开的过程中，一项具有重要意义的事件是2007年《政府信息公开条例》的出台。由此可见，我国政务信息的公开，从政策、法律层面都提供了制度化保障。不过，随着社会经济的发展变化，以及国家改革的不断深入，新时期政府对于推动政务公开又有了新的要求。这就体现在2016年2月，中办、国办印发《关于全面推进政务公开工作的意见》以及国务院办公厅印发《2016年政务公开工作要点》。有人指出，新时期中央对于政务公开的要求体现在两方面：一是公开的全面性和系统性，这是“四个全面”战略布局的必然要求，是推进国家治理体系与治理能力现代化的重要环节，是法治政府建设的关键之举，是实现对权力监督制约的治本之策。二是要把群众“看得到、听得懂、信得过、能监督”作为评价公开是否成功的标准，体现的是以公众为中心的现代治理理念，是网络时代的必然要求，目的是实现从政府部门“端菜”变为人民群众“点菜”，扩大公众参与，建设服务型政府。而这两份文件的出台，正好体现了我国政府在新时期对于通过信息公开推动深化改革的深刻认识，以及对于政务信息公开理解的日趋深入。政府政务信息的进一步公开必然会影响到作为信息公开重要参与主体的新闻媒体，将有利于媒体信息接近权的落实。而我国媒体的信息接近权一直都是媒体权利保障体系中的一块短板。另一方面，新闻媒体自身信息自由权利和保障制度的完善状况，也会制约政务信息公开的发展。美国三十几个州都已制定了《新闻保障法》，它主要规定了媒体在新闻报道中所获得的相关材料、记录等均不受随意的搜查，并且媒体对于法庭享有拒绝作证等保障媒体信息获取的权利。而这对于从外部推动政务信息公开，特别是监督政府切实满足公众的知情权提供了制度上的保障。政府和媒体在政务公开中都扮演着重要的角色。政府政务信息公开的相关制度是政务公开中的“必选动作”，而媒体对于政府信息公开的监督是政务公开的“自选动作”。前者是政府必须做到的，它对于政府的要求是，政务公开的内容必须法制化，要求具体、明确，监督措施到位等。而媒体对于政府信息公开的监督，则有利于补充“自我监督”的不足，它还能及时地反映公众对于信息公开的需求。而这种在政务公开中对于知情权的满足，是知情权发展的更高阶段——是“内外”“软硬”的有机结合，体现了知情权从消极权利保护阶段向积极权利实现阶段的飞跃。

## （二）《意见》《要点》对政务公开基本制度的完善

2016年2月，中共中央办公厅、国务院办公厅曾印发《关于全面推进政务公开工作的意见》（以下简称《意见》），此后，国务院办公厅又印发了《2016年政

---

周汉华：打造升级版政务公开制度——论《政府信息公开条例》修改的基本定位，行政法学研究，2016（3）。

务公开工作要点》(以下简称《要点》),这两个文件的出台在增强我国政务公开的制度化、精细化、执行力等方面具有重要的价值。两份文件分别从宏观和微观、一般原则与具体要求的不同维度对于政务公开工作提出了全面的要求。《意见》主要包括政务公开的基本精神(原则)、目标、途径以及要求等四个方面内容。它为政务公开的范围划定了框架:“五公开”——推进行政决策公开、执行公开、管理公开、服务公开和结果公开;“五个要点”——发挥媒体作用、回应社会关切、扩大公众参与、加强政策解读、政府数据开放。总之,《意见》偏向于发挥其在指导政务公开工作中方向性、原则性、指导性的作用。而《要点》是针对《意见》出台的实施细则,主要解决《意见》落地的问题。其特点是内容具体、明确、责任主体清楚,针对性和可操作性很强。而且《意见》除了对政府工作所涉及的深化改革、促进经济发展、民生改善、政府建设等领域的信息公开都有明确、具体的任务要求之外,还在“围绕增强公开实效加强能力建设”“围绕扩大政务参与加强解读回应”部分提出了不少新的举措。特别是其中提到了5项保障政务公开产生实效的制度。

(1) 规范化、标准化建设。推进政府信息主动公开基本目录建设,进一步明确重点领域、重点行业公开的主体、内容、时限、方式等,提升主动公开的规范化水平。

(2) 通过负面清单限制政府权力。对此文件提到,先选择部分地方、部门开展政务公开负面清单试点工作。

(3) 加快推进政府信息公开条例修订工作。

(4) 提高政务公开工作信息化——集中化水平。

(5) 对于政府部门政务公开效果的考核、评估。

具体要求是,政务公开工作尚未纳入政府绩效考核体系的,年内应予纳入,所占分值权重不应低于4%。此外,还提到国务院办公厅将对各地区、各部门落实情况进行督查,组织开展第三方评估,并公布评估结果。

学者们对于这两份文件的出台大多都给予了积极的评价。新加坡南洋理工大学于文轩对于《意见》的内容进行了解读,“此次《意见》清晰地明确地强调要坚持以公开为常态、不公开为例外,要求建立权力清单、责任清单、负面清单,明确推进决策公开、执行公开、管理公开、服务公开、结果公开和包括财政预决算在内的重点领域信息公开。《意见》特别对信息公开的组织领导、绩效考核做出了明确清晰的规定。《意见》还特别鼓励和支持第三方机构对政府信息公开质量及效果进行测评,强调新闻媒体、人大代表、政协委员、民主党派、人民团体、社会公众、新闻媒体对政府信息公开工作开展的监督作用。这是对《政府信息公开条例》的重大的完善、发展和推进。”还有不少学者结合《意见》从打造智能化便民平台,推进政府依法行政、舆情研判与回应、提高公众参与能力等方面对于文件的价值

做了正面评价或提出了进一步完善建议。四川行政学院胡业勋认为,《意见》中的创新性提法不少,提出了重点信息的第一责任人、重要舆情的第一新闻发言人等、为提升政务公开的水平提出了“互联网+公开”的模式,把政务公开列入绩效考核体系,通过第三方机构进行评估等。这些提法具有创新性的同时,也抓住了实践中的问题,并要求进行规范性的适用。正因为实践中出现了政务公开时效性低的问题,政务公开列举的方式没有得到充分运用,影响公开效率,《意见》顺应了当前互联网快速发展的形势,又体现了便民高效的原则。从具体操作来看,政务公开不仅有制度上的问题,更有推进不力、问责不畅的问题,究其缘由在于领导干部不重视政务公开,深层次的原因则是政务公开不进入绩效考核以及进入之后占比较小的问题,《意见》对此明确了要求,体现了创新性与问题性的结合。南开大学季乃礼指出,提高公众参与能力是《意见》的最大亮点。他提到,《意见》对公众参与提供了制度保障。让公众参与政策过程,必须有两个前提。

第一,必须为公众参与提供相应的制度保障,即把公众参与作为政策制定的必要条件。

第二,公众必须有能力参与政策过程。两者缺一不可。《意见》的出台,恰恰从公众参与的角度缓解甚至消除了目前政策过程中所存在的问题。从《意见》可以看出,把政策看作一个过程,把政策过程细化为决策、管理、服务、结果、重要领域信息公开。在几个关键的节点上,《意见》都规定了公众的参与。《意见》规定了“预公开”制度,即政策出台前,必须提前公布,征询各方的意见,意见各方既包括有着直接经验的利益相关方,也包括对此深有研究的专家,同时也包括能够持相对公允立场的公众、媒体等。

对于《要点》出台的意义,姜明安认为,它确定2016年政务公开的重点有以下4项。

一是推进权力清单、责任清单,以及市场监管、政务服务等方面信息的公开。

二是推进经济社会政策、市场准入负面清单、政府投资的重大建设项目、公共资源配置、减税降费、国有企业运营监管等方面信息的公开。

三是推进扶贫、社会救助、就业创业、保障性住房、棚户区改造和农村危房改造、环境保护、教育、卫生、食品药品安全等方面信息的公开。

四是推进政府决策、政策执行落实情况和财政预决算的公开。

他对于《要点》的评价是,“《要点》很务实,很有问题意识,很有针对性和可操作性。如果《要点》确定的各项公开目标、任务、措施及对各部门的分工都能很好地落实,2016年全国政务公开工作一定会取得重大成效,将对本年度经济

发展、社会稳定、民生改善和法治政府建设发挥重要的保障和促进作用。”

### （三）网络时代的政务公开与媒体参与的价值

值得注意的是，《意见》中的很多部分都涉及媒体参与的内容。“五公开”中，对于最为重要的决策公开，意见提到，重大行政决策需要广泛听取公众意见，而这就离不开大众传媒这种沟通方式。“在决策前应向社会公布决策草案、决策依据，通过听证座谈、调查研究、咨询协商、媒体沟通等方式广泛听取公众意见，以适当方式公布意见收集和采纳情况。探索利益相关方、公众、专家、媒体等列席政府有关会议制度，增强决策透明度。”事实上，执行公开、结果公开等其他方面也都离不开媒体的参与。政务公开很重要的要求就是，要让媒体参与到政策出台的全过程中，通过媒体“问政于民、问需于民、问计于民”，最终实现增进公众对政府工作的认同和支持的目标。而在移动互联网时代，为公众参与公共政策的制定创造了很好的条件。此外，《意见》专门就扩大政务开放参与做出了规定，具体包括回应社会关切，扩大公众参与、加强政策解读、推进政府数据开放，发挥媒体作用五个方面。而这五个方面与媒体都紧密相关。通过推动政府数据开放，公众更有可能从媒体筛选之后的信息中发现有价值的信息，从而更好地服务社会经济发展的需要。在增进公众对于政策的理解和接受方面，要求政府更加主动地利用媒体，通过媒体帮助政府做好宣传工作。《意见》指出，各省（自治区、直辖市）政府和国务院各部门要充分利用新闻发布会和政策吹风会进行政策解读，领导干部要带头宣讲政策，特别是遇有重大突发事件、重要社会关切等，主要负责人要带头接受媒体采访，表明立场态度，发出权威声音，当好“第一新闻发言人”。新闻媒体、新闻网站、研究机构要做好党中央、国务院重大政策解读工作。而新闻发言人制度是政府与媒体沟通的主要途径之一。不仅如此，《意见》对于如何发挥媒体的作用也有详细的建议，特别提到要重视发挥自媒体在政务传播中的作用。《意见》提到，“把新闻媒体作为党和政府联系群众的桥梁纽带，运用主要新闻媒体及时发布信息，解读政策，引领社会舆论。安排中央和地方媒体、新闻网站负责人参与重要活动，了解重大决策。畅通采访渠道，积极为媒体采访提供便利。同时也要发挥新闻网站、商业网站以及微博微信、移动客户端等新媒体的网络传播力和社会影响力，提高宣传引导的针对性和有效性。”此外，针对社会转型时期各类社会矛盾频发的现实，文件还要求重视发挥媒体的“报警器”功能，及时处理媒体、公众关注的热点问题。《意见》指出，“建立健全政务舆情收集、研判、处置和回应机制，加强重大政务舆情回应督办工作，开展效果评估。对涉及本地区本部门的重要政务舆情、媒体关切、突发事件等热点问题，要按程序及时发布权威信息，讲清事实真相、政策措施以及处置结果等，认真回应关切。依法依规

---

姜明安：增强实效是政务公开的重中之重，中国经济时报，2016-4-26。

明确回应主体,落实责任,确保在应对重大突发事件及社会热点事件时不失声、不缺位。”

此外,通过分析《意见》在总纲、基本原则中对于媒体功能的定位,由此也能够对于媒体在政务公开中的作用形成系统、全面的认识。《意见》“基本原则”部分的表述是,紧紧围绕经济社会发展和人民群众关注关切,以公开促落实,以公开促规范,以公开促服务。依法依规明确政务公开的主体、内容、标准、方式、程序,加快推进权力清单、责任清单、负面清单公开。坚持改革创新,注重精细化、可操作性,务求公开实效,让群众看得到、听得懂、能监督。以社会需求为导向,以新闻媒体为载体,推行“互联网+政务”,扩大公众参与,促进政府有效施政。从中我们能够解读出《意见》对于媒体功能的定位,这种对于媒体功能的定位主要体现在以下三个方面。

#### 1. 以公开促公正,媒体可以促进政府依法行政

李克强总理在会见采访十二届全国人大四次会议的中外记者并回答记者提出的问题时就提到,政府的权力清单要上网,权力运行也要上网,要留下痕迹,减少自由裁量的空间。有句话叫“人在做,天在看”,现在是云计算的时代,我们要让“权在用,云在看”。政务公开既然是政府的法定义务,其履行的情况如何,当然不能够仅仅通过自上而下的监督,而是要依靠大众传媒、公民等不同群体的外部监督。政务公开涉及重大事项、重要领域的政府决策、管理等行政权力的行使情况,而对于这种“公开”,政府自然是不情愿的,所以,媒体从外部加强监督就十分必要,确保政府承诺公开的“规定性动作”能够不折不扣地执行。

#### 2. “让群众看得到、听得懂、能监督”这个政务公开目标的实现离不开媒体的参与

让群众看得到、听得懂、能监督是政务公开的目标之一,而媒体在政务信息的沟通方面具有优势。有人提出我国政务公开发展经历了三个阶段:政务公开的初步探索阶段、政务公开的规范发展阶段和政务公开的融合发展阶段。“在互联网时代,政府信息公开制度本身所具有的程序规范、单向被动、边界清晰、主体有限等特点,逐步显现出不适应性,单纯依靠这个制度越来越难以做到“让群众看得到、听得懂、信得过、能监督”。而大众传媒可以通过其在了解受众需求方面的优势,扮演好政务信息与公众对接的“桥梁”。在实际生活当中,公众对于政务信息公开的需求并不总与政府想要提供的信息是一致的,而媒体的参与,就可以弥补政务公开的“盲区”。有人指出,“这一方面需要意识到信息流间互动关系的重点领域信息公开工作绝不是一成不变的,随着政府信息公开工作的推进,群众的信息需求也会变化,各地的情况也会有所不同,重点公开的方向领域也会适时调整,动态地看待重点领域信息公开并聚焦实效成为必需。另一方面,重点

周汉华.打造升级版政务公开制度——论《政府信息公开条例》修改的基本定位.行政法学研究,2016年(3).

领域信息公开工作的推进绝不仅仅限于内容上，还应体现在主动公开的方式上以及主动公开内容获取的便民上，各地可以结合实际情况，通过主动公开方式以及内容获取领域的创新，在体现自身特色的同时贯彻落实意见规定。最后，在加强突发事件、公共安全、重大疫情等信息发布的广度、深度和方式方法的同时，还需要照顾到附随这些热点事件所可能引发的申请公开的妥善处理，做好政府信息公开的动态管理。”应该说，上面提到的这些都是政务公开中的重要方面，而且是政务信息公开中的难点。而解决这些问题也都离不开媒体的广泛参与。特别是，当前政务公开主要局限于行政机关已经制作或者掌握的“静态”信息，而互联网时代，突发事件中公众对于政府的信息公开提出了更高的要求，政府如果不能够满足公众对于突发性事件中“动态”信息及时公开的要求，那么，政府的公信力就可能受损。而让公众能够了解、参与无论是“静态”的还是“动态”的政务信息，就都需要大众媒体在中间扮演好积极沟通者的角色。

3. 以新闻媒体为载体，推行“互联网+政务”。融合发展是网络媒体进入 web2.0 时代的鲜明特征

网络媒体的平台价值凸显，而基于互联网的“开放性”及其“关系”属性，使其通过这个平台就能够整合各种资源，也就是“互联网+”的内涵。而政务公开过程中，政府与媒体的合作，特别是“以新闻媒体为载体”就能够实现与各方面资源整合的目标，从而达到政务公开所期望的效果。对于互联网环境下，政务公开融合功能的打造，有人进行过如下概括，“比如将政策咨询与政府信息公开申请一并考虑，通过政府信息公开渠道更好地为公众提供咨询服务；将政府信息公开机构与宣传部门整合，及时回应群众关心的重大问题；将政府信息公开与投诉、举报、信访机构整合，通过信息公开渠道更早、更快地发现行政管理工作中存在的问题；将政府信息公开与纪检监察结合，实现对权力的有效监督；将政府信息公开与软环境建设结合，为营造良好投资环境服务；将政府信息公开与信息共享、大数据开发利用一并考虑，为重大决策、行政执法、提供公共服务、维护社会安全提供全方位支撑。”这就是说，此次的政务公开，应充分利用互联网思维，尽可能地发挥媒体作为“平台”在资源聚合中的作用。这就是说，既要利用好政府的自有媒体，也要利用好包括大众传媒在内的外部媒体，通过它们全面提升政府服务的水平。在此形势下，政务公开新政策的出台将会为推动互联网+背景下，政府不同部门及其与外界不同主体之间各个方面的融合创造良好的条件。

#### （四）完善政务公开中媒体参与功能的建议

通过上面对于《关于全面推进政务公开工作的意见》和《2016 年政务公开工

肖卫兵，从信息流角度审视重点领域信息公开对促进政府依法行政的作用，中国行政管理，2016（4）。

周汉华，打造升级版政务公开制度——论《政府信息公开条例》修改的基本定位，行政法学研究，2016 年（3）。



作要点》这两份文件的解读就可以发现，大众媒体在政务公开中能够发挥重要的作用。包括促进依法行政、保障公共政策制定中的结果与程序正义，实现公众的知情权，等等。虽然说政府部门已经认识到了媒体在政务公开中的作用，特别是其在新时期深化改革任务中的重大意义。但是这两个文件在满足公众知情权这个宪法性权利方面的考量仍然不够完善。知情权作为一项宪法权利，其对于司法、立法、行政机关均具有义务性的要求。从这个意义上说，今后应当制定一部信息公开法，由它统一安排不同权力机关的信息公开义务。虽然我国已经将知情权写入 2007 年的十七大报告，2009 年的国家人权行动计划中也提到了知情权，但除了《人口与计划生育法》等个别法律正式地肯定了知情权外，绝大多数法律、法规中都没有对知情权做出明确的规定。甚至是 2007 年出台的《信息公开条例》，这部对于保障知情权极其重要的法规当中知情权的规定也是缺失的。而知情权保障制度的缺失，就会阻碍公众、大众媒体从外部对于政务公开进行监督。另一方面，就媒体而言，新闻传播法学界主要还是关注媒体信息传播的权利，比如保障新闻媒体为公共利益而报道、评论时不被视作新闻侵权，承担法律责任。而对于新闻媒体另外一项重要权利，即信息接近权却关注不够，媒体的信息获取缺乏制度的有力保障。很多国家通过记者拒证权等制度保障了与记者职务活动相关的新闻自由权，还有在西方社会的发展历史上，信息、出版自由等领域的法治建设也为政务公开奠定了重要的制度基础。当前各个国家基本上都为政务公开制定了相关的法律，并且根据法治原则，为调整国家秘密、国家安全与知情权、信息自由之间的冲突总结了不少经验。

另一方面，还要不断提升政务公开中媒体沟通的能力，完善相关的保障制度。在新媒体时代，传播主体的多元化，渠道的多样化等都使如何提升政务公开的传播效果与影响力成为政府必须认真思考的问题。网络民意的复杂性，也使从中发现有价值的“意见”变得并不容易。还有，在突发事件中，如何及时、有效地对公众的信息需求做出回应，也仍是政府需要不断地学习、持续训练的一项功课。而如何利用好微博、微信等自媒体，提升政府在政务公开中的舆论引导力，以及如何强化与新闻网站、商业网站的联动，增强信息传播效果，等等，这些都是大多数政府部门所不太擅长的。这就需要政府在提升信息化水平、加强政府门户网站建设、完善突发事件舆情应对机制以及健全新闻发言人制度等方面全面发力，多管齐下才有可能适应当前政务公开的新环境。总之，政务公开在深化改革中作用的发挥，包括传媒更有效地参与都是一项系统工程，各项工作林林总总，牵一

---

比如，对于国家安全，约翰内斯堡条约提出必须是“可以测量的”危险——即具有清晰、合理的理由才能对公民的表达自由做出限制，否则不能单凭“国家秘密”这个理由，就随意地排斥公众的监督或者选择不对外公开。还有，国家“保密”利益的实现，主要应通过对政府职员的要求和强化内部义务来实现，而不能够将保密责任转嫁给普通公众。

发动全身。这就需要政府在《关于全面推进政务公开工作的意见》等相关规范的指引下，持续推动具体制度的完善和政策的落实，细化政务公开工作任务，加大公开力度，不断地增强政务公开的实效。

### 三、网络内容治理的程序法治建设

2014年2月27日，中央网络安全和信息化领导小组召开的第一次会议上，组长习近平表示，要抓紧制定立法规划，完善互联网信息内容管理、关键信息基础设施保护等法律法规，依法治理网络空间，维护公民合法权益。他指出，“没有网络安全就没有国家安全，没有信息化就没有现代化”。2014年8月，为了促进互联网信息服务健康有序发展，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护国家安全和公共利益，国务院授权重新组建的国家互联网信息办公室负责全国互联网信息内容管理工作，并负责监督管理执法。这也标志着我国互联网信息内容的监管进入了新的阶段。一方面，面对互联网领域出现的危害国家、社会、公民利益的各类违法行为，近年来，网信办频频现身，积极介入相关事件，体现出一种“守土有责”、敢于担当的形象。2015年，全国网信系统全年依法约谈违法违规网站820余家1000余次，依法取消违法违规网站许可或备案，依法关闭严重违法违规网站4977家，有关网站依法关闭各类违法违规账号226万多个。总之，对于网络发展中出现的监管漏洞，网信办在政府的网络监管中发挥着“兜底”功能，以及守住网络安全和秩序“底线”的作用。另一方面，相关的部门在网络信息的监管方面，着力推进网络信息内容监管的法制建设，加强政府的依法行政。近三年以来，从三个“十条”，到《互联网等信息网络传播视听节目管理办法（修订征求意见稿）》《网络出版服务管理规定》《互联网新闻信息服务管理规定》（征求意见稿）《互联网信息内容管理行政执法程序规定（征求意见稿）》（以下简称《规定》）等规范性文件，有关部门先后完成了一批网络信息内容监管领域重要法律文件的制定工作，这在很大的程度上缓解了互联网发展过程中政府监管无法可依的困境。除了立法层面解决互联网领域规范缺失的问题，国家网信办执法的力度也在不断加强。特别是针对新媒体上的新闻信息传播中出现的问题采取了一系列的监管举措。进入2016年，国家网信办发言人就“上海姑娘逃离江西农村”等虚假信息答记者问，通报了对虚假新闻的调查情况。此外，国家网信办还批准了157个中央新闻网站的地方频道，加强对网络新闻媒体的管理。而网信办对于新闻信息传播的监管有着非同寻常的意义。因为从事新闻信息传播服务的新媒体范围也

---

李丹丹：互联网监管的三个“十条”有何意味？新京报，2015-5-4。

国家网信办发言人就“上海姑娘逃离江西农村”等虚假信息答记者问。央广网，2016年2月26日。

包括商业媒体，对其监管就打破了过去传统新闻媒体内部行政化的监管方式，使新闻媒体的监管出现了内部行政监管与外部行政管理的两种模式“共存”的局面。而外部网络媒体新闻信息服务规制问题的凸显，就使原来封闭化的管理方式逐步走向透明。由于是在行政法的理论框架下推进相关的监管，因此，法治化程度也将明显提高，这意味着新闻传播法也进入了新的发展时期。我国新闻传播法学研究热点主要经历了 20 世纪末围绕新闻法以及 21 世纪初至今关于新闻侵权问题的研究两个阶段，而对于新闻传播公法（行政监管法）的研究一直比较薄弱。互联网领域新闻信息服务监管制度化的迫切需要以及法制建设的加速，将推动新闻传播公法研究得更加深入，也有利于整个新闻传播法学研究的发展。互联网信息内容监管领域法治化，其目的从根本上是为了解决转型时期，特别是互联网新技术发展中出现的监管漏洞、权力真空的问题，而客观上却对我国互联网信息内容的传播，特别是新闻信息的传播将产生深远的影响。

从 2014 年至今，在不到三年的时间里，从已经颁布的相关规范性文件中，我们已经可以看出我国互联网信息内容管理的基本逻辑以及未来的走向。习近平主席亲自出席第二届世界互联网大会并发表主旨演讲，提出了互联网建设、发展、治理的中国主张。可以说，我国在网络安全方面已经摸索出了一套独特的理念和方法。网络信息内容监管的基本经验包括继续发挥政府相关部门传统的监管经验和优势，齐抓共管；网信办将扮演“救火队”角色，发挥“兜底”功能，及时填补互联网发展中的监管漏洞；从实际出发，逐步完善网络安全的相关法律法规，等等。而与这个领域已制定的数量不少的实体性法律文件不同，《互联网信息内容管理行政执法程序规定（征求意见稿）》是程序法，而程序法对于网络信息内容管理而言是不可或缺的，它对于加强网络信息内容管理法规的完整性，满足对于公权力行使程序正义的要求都具有重要的意义。

### （一）行政程序法的基本理论与《规定》制定的必要性

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。各级政府必须坚持在党的领导下，在法治轨道上开展工作，创新执法体制，完善执法程序……”，“完善行政组织和行政程序法律制度，推进机构、职能、权限、程序、责任法定化。”行政程序主要是指行政主体实施行政行为的步骤、方式、顺序、时限等内容，它与行政诉讼有着根本的不同。行政程序法对于监督行政机关权力的规范化运作，保障行政相对人的权利都具有重要的价值。行政程序包括行政立法程序、行政执法程序以及行政司法程序三种类型。我国目前还没有出台专门的《行

---

虽然已基本缓解了法律供给不足，即推动解决“无”的问题，但是还需要继续完善网络信息内容监管的相关法律法规。中国网络宣传这三年，十个方面取得新进展新成效。人民网，2016 年 1 月 6 日。

政程序法》，不过学界的呼声很高，并已经制定了行政程序法（试拟稿）。目前，在专门的《行政程序法》尚未出台的情况下，行政程序规范主要分散在《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》三个法律当中。而各地在加强依法行政，完善行政法律的过程中，已经出台了不少地方性的行政程序法规。2008年，湖南省制定全国第一部行政程序规定——《湖南省行政程序规定》，开统一行政程序立法的先河。截至2015年1月，随着《江苏省行政程序规定》和《宁夏回族自治区行政程序规定》的相继公布，省级行政程序规定已经扩大到4个。行政执法是行政活动的主要形式，所以这也是各国（地区）行政程序立法中的核心内容。有学者建议，我国行政程序立法的思路，应由单行“零售立法”转向制定综合性统一立法，具体方案可以先由国务院制定《行政执法程序条例》。学者们对于行政程序法的目标模式、行政程序的功能，行政程序法的基本原则和制度等行政程序法的相关理论问题都已经做了较为深入的研究。而这些理论探讨对于思考网络信息内容执法程序问题就会大有裨益。应松年认为行政程序法的立法目的是既要有利于保障公民程序性权利，又要有利于提高行政效率。即采取“权利效率并重模式”。而且他主张在程序性制度设计中，权利保护应当优先考虑。“效率在政府行为和行政程序中极为重要，不可忽视，但仍以保护权利为重，保护权利在先。在保障公民权利的基础上追求最高效率，这是我国以民为本的本质所决定的。”不过，基于“效率”和“权利保障”双重目标的设定，行政程序法的功能一般体现为控制行政权的滥用、保障行政相对方的权益免遭不法行政的侵害以及提高行政效率三个方面。不同国家行政程序法中都确立必要的原则和制度，实现行政程序法对于权利保障的功能。在行政执法过程中，行政相对人权利的保护离不开一些基本原则和制度的保障，包括公正原则、公开原则、保障基本人权原则、信赖保护原则，而这些原则又分别对应着各种不同的具体制度。公开原则涉及听证制度、回避制度、合议制度、说明理由制度、职能分离制度、不得单方接触制度、记录备案制度、复审制度。与公开原则相关的制度包括情报公开制度、告示制度、咨询制度。保障基本人权原则包含有限调查制度、有限强制制度、保护私人秘密隐私制度、“充分考虑”制度、推迟生效制度。而为了保障行政机关的行政效率，也包含顺序制度、时效制度、替代制度、申诉不停止执行制度、紧急处置制度。还有学者特别强调行政程序法中应包含参与原则与辩论制度。

之前出台的与互联网信息内容监管相关的法律法规基本上都是实体性的，缺

应松年．行政程序法（试拟稿）评介．政法论坛，2004（5）．

王万华．完善行政执法程序立法的几个问题．行政法学研究，2015（4）．

应松年．行政程序法（试拟稿）评介．政法论坛，2004（5）．

崔卓兰．新编行政法学．北京：科学出版社，2004．

方世荣．行政法与行政诉讼法学．北京：中国政法大学出版社，2007．

少对这个领域行政行为进行规范的专门程序法。因为互联网信息内容监管程序法的制定，离不开行政程序理念的成熟，以及行政领域深化程序法治建设这样的大背景。如今互联网信息内容监管程序问题提上日程，也反映出在实践中对于互联网信息内容监管中程序立法的需求。一方面，随着相关的行政机关针对网络信息内容管理执法活动的增多，对于行政相对人的相关权利势必产生不同程度的影响，这不仅增加了侵犯公民权利的风险，而且也容易造成政府公信力的下降。比如约谈在行政执法中的应用呈现出不断扩大的趋势，已经被广泛应用于证券监管、价格、食品安全、税收、司法行政、安全生产等领域。近年来网信办约谈相关的网络服务提供商的现象也十分普遍。有学者就指出，“约谈虽不对被约谈对象作出实体决定，但约谈过程及内容往往对被约谈对象形成无形压力，部分被约谈对象忌惮监管者的权力可能对自己的未来产生不利影响，服从于监管者的意愿。目前约谈过程中比较普遍地欠缺对被约谈对象的基本程序权利保障，出现无形的暴力执法。”事实上，政府在网络信息内容管理的执法过程中，无论是采取何种行政处罚措施，都会对企业的正常经营或者当事人的利益造成影响，甚至是较大损害。因此，通过规范性文件对行政机关的网络信息内容的管理设置明确、具体的程序要求，其作用首先在于实现对权力的限制。另一方面，由于在网络信息内容管理过程中缺乏程序保障，也使行政机关的网络监管效率低下。因为缺乏必要的“工具”而影响执法的效果，使一些违法现象可能得不到及时的处置，从而给网络安全造成不良影响。而《互联网信息内容管理行政执法程序规定（征求意见稿）》中包含了许多行政程序法的基本制度和规则，是对于行政程序理论在互联网信息内容管理领域的一次应用，也是协调网络信息内容管理过程中权利保障与行政监管效率利益需要的一种体现。

## （二）《规定》的主要内容解读

行政程序法的“目标模式”中包含两种价值，一个是对于行政相对人而言的权利保障的价值目标，另一个是行政执法主体的“效率”目标。下面就从不同主体的角度，展开《规定》对于双方意义的探讨。

### 1. 从互联网信息内容管理执法过程中的行政相对人“权利保障”角度的考察

文件中提到回避制度、陈述、申辩权等保障当事人权利的制度，这体现了对公正原则和人权保障原则的关照。公正原则是对于网络信息内容管理行政执法程序的基本要求，而权力运作只有确保公正性才能够保障当事人的相关权利。《规定》第三条提到，“互联网信息内容管理部门实施行政执法，应当遵循公开、公平、公正的原则，做到事实清楚、证据确凿、程序合法、法律法规规章适用准确适当、

---

王万华：完善行政执法程序立法的几个问题，行政法学研究，2015（4）。

执法文书使用规范。”还有，为了体现公正原则，在立案环节，文件中确立了回避制度。“第十七条，办案人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人也有权申请办案人员回避：（一）是本案的当事人或者当事人的近亲属；（二）与本案有直接利害关系；（三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正处理的。办案人员的回避由互联网信息内容管理部门相关负责人决定。当事人对决定不服的，可以申请复议一次。回避决定作出前，被申请回避人员不停止对案件的调查处理。”此外，文件第三十六条规定当事人依法享有的陈述、申辩权，这是出于执法过程中的人权保障而做出的制度安排。“互联网信息内容管理部门应当充分听取当事人的陈述和申辩。当事人提出的事实、理由或者证据经复核成立的，应当采纳。当事人在接到告知书之日起3个工作日内未提出陈述、申辩的，视为放弃权利。”而且还特别提到，“互联网信息内容管理部门不得因当事人陈述、申辩而加重处罚。”“不得因当事人陈述、申辩而加重处罚”，这是《规定》对程序正义独立价值的尊重，是程序性权利得以落实的必要条件，它有利于当事人切实享受到程序中的基本权利。

不过，《规定》整体而言，还是将“行政效率”价值作为优先选择，而对当事人权利的保障相对不足。具体体现在以下方面。

#### （1）参与价值保障的不充分

“第三十三条，互联网信息内容管理部门作出吊销互联网新闻信息服务许可证、较大数额罚款（较大数额罚款的标准按照地方性法规、地方政府规章等有关规范性文件的规定执行）等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利。”由此可见，保证行政执法程序公正的听证程序的适用范围被限定在“吊销互联网新闻信息服务许可证、较大数额罚款”这两项行政处罚决定。而行政部门的行政处罚涉及申诫罚、财产罚、资格罚等不同的类型，而将听证限定在狭窄的范围内就不利于行政相对人权利的保障。

#### （2）程序正义价值的不足——缺乏对违反程序行为的制裁

文件第二十一条规定：“互联网信息内容管理部门在立案前调查依法取得的证据，可以作为认定事实的依据。通过网络巡查等技术手段获取的、具有可靠性的电子数据可以作为认定事实的依据，但违反法律禁止性规定的除外。”还提到，“电子数据的收集、提取应当符合国家标准、行业标准和技术规范，并保证所收集、提取的电子数据的完整性、合法性、真实性、关联性。否则，不得作为认定事实的依据。”该条中对于证据的要求，虽然提到“违反法律禁止性规定的”或者其他存在问题的证据不能够作为认定事实的依据，但是这些关于证据的规定仍然无法达到较高程序正义的标准。一是将“网络巡查等技术手段获取”这种由执法机关单方面获取的证据作为认定案件事实的依据，违反了程序法上“传闻证据”不能直接作为定案依据的基本原则。二是“电子数据的收集、提取应当符合国家标准、

行业标准和技术规范”，这样的规定过于模糊，扩大了电子数据作为证据的范围，应当在文件中明确究竟应符合何种标准。三是未确立行政机关违法取证在程序法上应承担的法律后果，即应当确立违法证据排除规则。

### （3）人权保障的薄弱——内容过于笼统，不利于当事人权利的保障

文件还提到了约谈制度，不过，对于约谈制度缺乏相应的实施细则。“第三十五条，互联网信息服务提供者违法行为作出行政处罚决定前，可以根据有关规定对其实施约谈，谈话结束后制作《执法约谈笔录》”。除此并无其他具体的要求。另外，在处罚决定做出的过程中，有如下规定，“第三十八条，对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，互联网信息服务内容管理部门负责人应当集体讨论决定。集体讨论决定的过程应当有书面记录。情节复杂、重大案件标准由互联网信息服务内容管理部门根据实际情况确定。”其中“情节复杂、重大案件”具体判断标准的缺失，可能导致很多案件均由相关部门负责人直接做出，而执法机关内部程序机制的模糊就很可能造成案件行政处罚的不公正。这实质上就能反映出《规定》更偏重于“效率”的价值取向。对于处罚决定的执行，文件提到，“当事人进行陈述、申辩的，互联网信息服务内容管理部门应当对当事人提出的事实、理由和证据进行记录、复核，并制作陈述申辩笔录、陈述申辩复核意见书。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，互联网信息服务内容管理部门应当采纳。”显然，对于“当事人提出的事实、理由或者证据成立的，互联网信息服务内容管理部门应当采纳”，该条究竟如何把握？文件没有明确的规定，而该条规定的原则性就很可能剥夺当事人陈述、申辩的权利。

### （4）对于“无辜”者利益受到权力侵害的，无法获得救济

一是先行登记保存制度中的不当行政执法行为。比如，“第二十八条，互联网信息服务内容管理部门对先行登记保存的证据，应当在7日内作出以下处理决定（一）需要采取证据保全措施的，采取记录、复制、拍照、录像等证据保全措施后予以返还；（二）需要检验、检测、鉴定的，送交具有相应资质的机构检验、检测、鉴定；（三）违法事实成立的，依法应当予以没收的，作出行政处罚决定，没收违法物品；（四）违法事实不成立，或者违法事实成立但依法不应当予以没收的，解除先行登记保存。逾期未作出处理决定的，应当解除先行登记保存。”对该条提到的第四种情况，由于权力适用错误而不应当“登记保存”的，除了解除先行登记保存之外，对于因执法活动已经造成的当事人权益损害，权力机关是否应当进行补偿？此外，第三十七条规定，“拟作出的行政处罚决定应当报互联网信息服务内容管理部门负责人审查。互联网信息服务内容管理部门负责人根据不同情况，分别作出如下决定：（一）确有应受行政处罚的违法行为的，根据情节轻重及具体情况，作出行政处罚决定；（二）违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚；（三）违法事实不能成立的，不得给予行政处罚；（四）违法行为已构成犯罪的，移送司法机关。”

从中可以看出，最终被发现“违法事实不能成立的，不得给予行政处罚”的，也就是说，先前拟作出的行政处罚本身就可能是错误的，此时，如果对于当事人已经造成名誉或者经营秩序等相关影响的，又该如何处理？毕竟，在最终做出处罚之前，行政机关都已经采取了相应的行政措施，由此造成了当事人合法权益不必要的损害，而当事人是否可以申请赔偿或者要求赔礼道歉等，这些当事人权利的救济问题，文件中并未提及。

## 2. 从行政机关“效率提升”角度的审视

《规定》主要是从行政处罚管辖权、立案、调查取证、作出行政处罚决定这四个互联网信息内容管理执法过程所涉及的主要内容出发，明确了执法的具体程序和方式、方法。

### （1）对于行政处罚的管辖权问题做出了明确规定

在文件一开始的总则部分第二条中就提到“所称互联网信息内容管理部门，是指国家互联网信息办公室和地方互联网信息办公室”，“行政处罚由违法行为发生地的县级以上互联网信息内容管理部门管辖。”还进一步规定了省、自治区、直辖市互联网信息内容管理部门依职权管辖本行政区域内重大、复杂的互联网信息内容行政处罚案件。特别值得注意的是，《规定》提到网信办拥有对新闻网站的管辖权。“国家互联网信息内容管理部门依职权管辖中央新闻网站和主要商业网站互联网信息内容行政处罚案件及全国范围内发生的重大、复杂的互联网信息内容行政处罚案件。”可以看出，文件从立法上进一步确认了网信办对于网络媒体涉及的新闻信息服务拥有执法检查权。而且根据属地管辖原则，各地网信办对于自己管辖范围中的网络新闻信息内容都有权进行执法检查。不过，文件也提到，对于网络新闻信息的监管，网信办仅有执法检查权而不具有撤销互联网新闻信息服务许可、吊销互联网新闻信息服务许可证等处罚的决定权。“第十三条，互联网信息内容管理部门对依法应当撤销互联网新闻信息服务许可、吊销互联网新闻信息服务许可证或者取消互联网新闻信息服务备案编号的，应当提出行政处罚的建议，并将取得的证据及相关材料报送原发证、备案的互联网信息内容管理部门，由原发证、备案的互联网信息内容管理部门依法作出是否撤销许可、吊销许可证或者取消备案编号的行政处罚决定。”同样，对于需要由通信主管部门进行处理的，最终处理决定也由相关负责部门根据网信办的书面意见作出。“第四十二条，互联网信息服务提供者违反相关法律法规规章，需由通信主管部门关闭网站、吊销互联网信息服务增值电信业务经营许可证或者取消备案编号的，由通信主管部门根据互联网信息内容管理部门出具的书面意见决定实施。”

此外，《规定》多处体现了权力设置的灵活性，适应了对行政监管效率的特殊要求。文件第九条，“上级互联网信息内容管理部门认为必要时，可以直接查处下级互联网信息内容管理部门管辖的案件，也可以将自己管辖的案件移交下级互联



网信息内容管理部门查处”。还有，出于案件特殊情况的考虑，还特别规定，“省、自治区、直辖市互联网信息内容管理部门可以依据法律法规规章，结合本地区实际，规定本行政区域内级别管辖的具体分工。”

### （2）立案的相关要求

对于立案条件，第十五条规定，“立案应当符合下列条件：（一）有涉嫌违法的事实；（二）依法应当予以行政处罚的；（三）属于互联网信息内容监督管理行政处罚的范围；（四）属于本互联网信息内容管理部门管辖。”即只有同时满足这四个方面的条件，网信办才能够受理。而且规定“公民、法人或者其他组织投诉、申诉、举报的”也作为立案的线索来源，并且要求对不予立案的，相关部门必须履行告知义务。文件称，“对于不予立案的投诉、申诉、举报，经互联网信息内容管理部门负责人批准后，应将结果告知具名的投诉人、申诉人、举报人，并将不予立案的相关情况作书面记录留存”。

### （3）调查取证

调查取证是网信办对互联网信息内容进行管理执法过程中，涉及的非常重要的制度。互联网信息内容管理执法过程中的调查取证制度主要包括三方面的内容。

第一，明确了证据的类型，为证据划定的范围十分广泛。“第二十条，可以用于证明案件事实的材料都是证据，包括电子数据、视听资料、书证、物证、证人证言、当事人的陈述、鉴定意见、检验报告、勘验笔录、现场笔录、询问笔录等。”文件进一步明确了电子数据等证据的具体形式：“电子数据是指借助于信息技术生成、修改、删除、存储、传递、获取等形成的一切数据，包括通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或存储在电子设备、存储介质中的信息。”视听资料主要是指录音资料和影像资料。此外，还规定“存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。”

第二，规定了行政执法过程中的具体行政措施。“第二十二条，互联网信息内容管理部门在立案前，可以采取询问、勘验、检查、鉴定、调取证据材料等措施，不得限制初查对象的人身、财产权利。”并且，对于询问、勘验、检查、鉴定、调取证据材料这些措施的具体实施的步骤、方式等都分别做出了规定。

第三，调查材料的签字确认环节，设计了替代制度，以此提升行政执法的效率。例如“第三十条，执法人员在调查取证过程中，应当要求当事人在笔录或者其他材料上签字、按手印、盖章或者以其他方式确认。当事人拒绝到场，拒绝签字、按手印、盖章或者以其他方式确认，或者无法找到当事人的，应当由两名执法人员在笔录或者其他材料上注明原因，并邀请有关人员作为见证人签字或者盖章，也可以采取录音、录像等方式记录。”

### （4）行政处罚决定

文件还规定了互联网信息内容管理部门负责人根据不同情况，可以作出不同

的决定。行政处罚决定的类型（情形）包括：（一）确有应受行政处罚的违法行为的，根据情节轻重及具体情况，作出行政处罚决定；（二）违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚；（三）违法事实不能成立的，不得给予行政处罚；（四）违法行为已构成犯罪的，移送司法机关。还明确要求，《行政处罚决定书》应当载明下列事项：（一）当事人的姓名或者名称、地址等基本情况；（二）违反法律、法规或者规章的事实和证据；（三）行政处罚的种类和依据；（四）行政处罚的履行方式和期限；（五）不服行政处罚决定，申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限；（六）作出行政处罚决定的互联网信息内容管理部门名称和作出决定的日期。行政处罚决定中涉及没收有关物品的，还应当附没收物品凭证。此外要求，《行政处罚决定书》还应当盖有作出行政处罚决定的互联网信息内容管理部门的印章。

### （三）对于《规定》中主要问题的思考

#### 1. 《规定》对于互联网信息内容管理行政执法过程中公权力的监督不够

《规定》从管辖、调查取证、听证和约谈制度、处罚决定等多个方面对于互联网信息内容管理执法程序都做了较为具体、系统的规定。为今后针对互联网信息内容监管相关实体法的实施提供了更为有力的保障。管辖制度避免了多头执法，同时，这个制度也有利于各级网信监管部门明确各自职责，做到“守土有责”。其次，《规定》中最为关键的问题还是如何确保行政机关依程序执法，只有这样，程序法才能达到限制权力的目标，也能真正保障当事人的权利。此外，调查取证方面的规定比较详细、具体，这是该文件的一大亮点。因此，《规定》中提到的“证据的先行登记保存制度”，对外公布之后就引发了媒体和社会的关注。通过针对一些地方行政机关执行程序法的实证研究，有人指出当前行政执法过程中普遍存在下列问题。

（1）违法执法、执法谋利等执法乱作为问题。

（2）执法不作为，懒政、怠政等问题。

（3）行政执法效能不足问题。

（4）执法不规范问题。

（5）选择性执法、执法标准不统一等裁量权行使不规范、执法不公等方面的问题。

而这些也是互联网信息内容管理执法程序将会面临的挑战，因此，《规定》制定及实施过程中还需要注意以下问题。

第一，在《规定》实施过程中，为了减少违法执法、执法谋利现象的发生，

余瀛波：执法人员可对涉案证据先行登记保存，法制日报，2016年1月13日。

王万华：完善行政执法程序立法的几个问题，行政法学研究，2015（4）。

执法机关需要公开权力清单。“行政机关应当在其官方网站上公开执法事项及其法律依据清单，没有出现在权力清单内的事项，执法机关不得作出。通过公示行政机关执法权限，防止执法机关越权、权力寻租。”为了减少对于网络信息内容管理的不必要执法，应该从源头上加强实体法的审查，减少不必要的审批和监管权力。这是因为网络信息内容管理过程中涉及的公权力很可能对公民的表达自由造成压制，而言论自由是人权的重要组成部分，所以，在制度设计上应当审查更加严格。

第二，虽然《规定》对于调查取证做了大量的规定，但是对于这些证据如何做出判断，即行政机关如何裁量标准模糊，这就很可能出现由于各个部门之间执法标准的不统一而造成处罚的不平等。而要想解决裁量权行使不规范、执法不公的问题，就需要建立健全行政裁量权基准制度——细化、量化行政裁量标准，规范裁量范围、种类、幅度。此外，还需要建立行政指导案例、说明理由等制度。证据制度的确立有利于执法标准的规范化。但是，《规定》对于证据规则中的证据的采信、证明标准、非法证据的排除等问题仍未做出具体的规定。证据的种类、证据资格、证据的审查、证据的质证、举证责任的分配、非法证据排除规则、证明标准等都是证据制度中的重要内容，而文件中这些重要内容的缺失，就会导致政府如何做出行政处罚的判断就可能是不透明的，容易引发公众对于执法公正性的质疑。

第三，要通过合理配置执法资源提升网络信息内容监管的执法效能。这就是要根据不同的案件类型，有针对性地设计相应的原则和制度，合理分配执法资源。

最后，为了避免运动式执法，执法机关可以制定年度执法检查计划，报政府法制工作部门备案，由此增加执法的稳定性，以便符合公众的合理信赖。因此，执法权的发动也是应当监督的重要领域，因为对于行政机关自己决定的执法活动，如何避免选择性执法或者恣意执法对于公民、法人和其他组织正常的生产、经营活动的妨碍，这就需要建立起更加完善的保障制度。

## 2. 《规定》与其他相关规范的衔接问题

行政处罚涉及申诫罚、财产罚、资格罚、自由罚等不同的类型。《规定》中主要提到了以没收、罚款为代表的财产罚。而在实践中，对于网络信息内容的管理

---

王万华：完善行政执法程序立法的几个问题，行政法学研究，2015（4）。

这就包括：“第一，执法方式多元，在传统高权执法方式之外，根据不同情形引入不同的处理方式，包括劝导而不予执法、进行执法和解等。第二，根据执法事实需要查证程度、执法决定对当事人的影响等，区分适用简易程序、一般程序，扩大了简易程序的适用范围。第三，根据执法启动方式不同，将执法程序区分为依申请执法程序和依职权执法程序。第四，根据执法决定对当事人权利影响不同，程序制度区分不利执法决定程序与授益决定程序。不利执法决定程序更侧重对当事人程序权利的保障，授益行政决定更侧重程序的公开与及时。”

参考王万华：完善行政执法程序立法的几个问题，行政法学研究，2015（4）。

主要涉及警告、通报批评等申诫罚的处罚方式，它是针对违法者的声誉、信誉等施加不利的影响。而《规定》指出，对于责令停产、停业或者暂扣或吊销许可证等资格罚，各级网信办还需要通过向其他相关部门提出意见书的方式再由相关负责单位做出处罚。文件还提到，“不得限制初查对象的人身、财产权利。”由此可见，网信办行政处罚的形式、种类是相对有限的。而且，目前针对网络信息内容的“条块化”的管理模式，就容易造成多头管理或者监管主体不明确的问题，这就会影响执法的效率。不过，《规定》在突出网信办“主导”角色的同时，也在试图推动不同主体之间的网络信息内容监管职责的互相衔接。为此文件创设了监管权与处分权分离的制度。最后，网信办在互联网信息内容管理执法程序法方面的积极实践，也有可能推动对于网络信息内容监管负有责任的其他主体加快程序立法的进程。比如，针对网络出版、视听节目、新闻信息服务等方面的监管是否也应当加快程序法制的建设，这也是值得思考的问题。果真如此，对我国网络信息内容管理法治水平的提升将是一次积极的推进。

---

《办法》体现了网信办的监管权力在扩大，比如过去国新办负责网络新闻信息传播，《互联网新闻信息服务管理规定（修订征求意见稿）》中规定由网信办行使该权力。同时，意见稿扩大了授权网信办更大的权力，在许可、运行、监督检查中增设了更多的监管制度。比之前监管范围更广，更加细化了对于新闻信息传播过程的管控。

# 结 语

我国互联网信息内容的监管，经过数十年的法制建设，基本实现了“有法可依”，建立起了互联网信息内容监管的规则体系。这是网络治理“中国方案”实施的重要成果，同时也体现了政府的“治网主张”。现阶段，我国互联网信息内容的监管呈现出几个特征。一是在国家层面，为媒体及互联网的发展指明了方向，提出网络安全和信息化是相辅相成的，必须同步推进，由此确立了互联网发展的整体思路。习近平总书记主持召开“2·19”新闻舆论工作座谈会、网络安全和信息化工作座谈会，都更进一步强调了“让网络空间全面清朗起来”的总目标。二是技术的发展、媒介的融合对网络的监管体系提出了新的要求，因此，立法必须适应新的环境。近年来，网络出版服务、移动游戏出版服务、专网及定向传播视听节目服务、网络表演等监管规范的出台，还有互联网广告管理暂行办法、互联网信息内容管理行政执法程序规定（征求意见稿）等规范性文件的制定，使媒介融合背景下的网络信息服务得到了更为有效的监管。这也体现了政府部门与时俱进，根据媒介和传播的变化不断调整管理理念和方式。三是网络空间法治化监管中公私协力，公众参与的“共治共享”模式初见端倪。不过，今后仍需继续推动网络治理从之前的政府主导为主的监管模式转向内生性治理以及包容性治理的新模式，发挥政府与市场两方面的优势，特别是逐步建立起网络信息内容的内生性治理模式。这是因为，第一阶段的互联网信息内容监管通过依靠社会力量共同参与，内生性治理已展现出其在网络信息内容治理方面的优势，而当前互联网信息内容监管领域所面临和需要解决的问题也同样需要依靠内生性治理模式。所以说，无论是过去还是将来，内生性治理模式对于我国互联网信息内容的管理而言都具有十分重要的意义。而这就需要进一步发挥法治在这个过程中的利益保障功能。因为内生性治理模式的建构离不开现有网络内容监管规范权利保障功能的完善，与此同时，需要将网络内容治理中形成的新型“关系”纳入法治化轨道当中。因此，就特别需要在加快理念转型的基础上，确保表达自由等基本权利在制度中的实现及其功能的有效发挥。这是下一个阶段我国网络内容监管体系建构的关键所在。总而言之，中国网络治理的整体思路和大体框架都已基本确定，这个领域已初步做到了“有法可依”，这是建设互联网内容监管体系中极其重要的一步，意义深远。

今后,网络信息服务的监管制度将从立法这个重点逐步转向“立法、执法、法律监督”相结合的全方位法治建设,从注重法律的数量向重视法律的质量过渡,从关注规范的合理性向强调其合法性转变。这就是说,网络信息服务的监管政策需要在总结我国已有互联网治理经验的同时,更加重视政策、制度的多元价值,在创新与稳定、活力与秩序、网络安全与权利保障之间寻求平衡,促进社会的协调发展。

那么,上述研究究竟如何回答了一开始提出的几个问题。

第一,网络内容法治化治理问题提出的时代背景、制度基础是什么?通过对场景时代传播、媒介变化引发社会、政策等变革问题的分析,由此深入阐释了网络内容法治化监管的社会基础。详细论述了新闻传播法的理念、制度的发展及其与网络内容监管之间的内在联系,指出新闻传播法为网络空间中规范媒体与公众的信息传播行为提供了制度基础,也为新时期的制度创新提供了可借鉴的宝贵资源。由此也就共同揭示了本课题开展研究的时代背景和制度条件。

第二,当前我国网络内容法治化治理过程中在言论表达基本权利的保障方面,特别是在理论研究和认识层面,究竟存在哪些问题?如何改进?文中重点通过对网络内容监管所涉及各个领域的争议性问题和理论障碍展开了讨论。而这些理论的“禁锢”、“顽疾”也就是造成网络内容法治化治理体系权利保障功能孱弱现状的重要原因之一。

第三,网络法治化治理“中国方案”,特别是政府“治网主张”的内涵是什么?通过研究,对此我们主要是从以下两方面归纳、揭示出“中国方案”的内涵具体体现为:其一,网络内容法治化治理的制度实践有效推进,主要展示了随着各种不同类型网络信息内容的“涌现”对其法治化监管制度创新的不懈探索。随着新兴“内容”不断地“涌现”,在对其完善法治化治理方面的制度探索也由此展开。网络色情淫秽信息与传统上对于“言论”的认识差别不大,网络视听内容、互联网电视也都与传统的媒体监管制度之间存在关联,是传统媒体上的“内容”在互联网环境中的衍生,即它们属于传统媒体与新媒体的“中间地带”。然而,搜索、即时通信工具、移动游戏出版、应用服务,还有以大数据技术为基础的互联网定向广告等却属于全新的信息传播形态,它们具有明显的“媒介”属性,对其的监管与对传统“言论”属性鲜明的“内容”相比,差异更大,需要监管制度的不断创新。由此反映出,在新的媒介、传播和市场竞争中,传统的言论自由中“言论”内容的范围已大大拓宽,需要制度方面完成秩序的重构,并且进一步加强对表达自由的保障。可以说,这些制度实践和基本经验也会随着国家社会治理能力现代化水平的不断提升以及网络内容监管体系的逐步完善而更加丰富、成熟起来。其二,网络内容监管法治化的保障机制逐步完善。网络内容法治化治理专门、统一机构的设立提升了治理的效率;政务公开为媒体与公众的网络表达和参与创造了

更加有利的条件；网络内容执法程序规则等程序性规范的完善，健全了网络内容治理的规则体系。

互联网信息内容的传播有可能对国家、政府利益造成损害，这与传统媒体时代，媒体所涉及的煽动颠覆党和国家政权、诋毁社会制度、泄露国家机密等严重危害国家利益的情形相类似。而且，互联网上上述行为造成的对国家利益的损害后果更加严重、危害更大。从国家安全的角度，对于新闻信息、司法信息、政务舆情等特殊类型的信息内容往往会特别重视，需要加强对此类信息的监管。而且，随着媒介、信息传播形态的急速变化，如何针对各种新兴内容，加强对其法治化的监管，这需要在理论、制度和方法上的不断探索。另一方面，在互联网信息内容的监管过程中，不仅要维护国家、社会公众的利益，同时也要为公民个人的权利提供保护。这也是网络内容监管的重要目标之一。整体来看，我国互联网内容的法治化监管在国家（政府）利益的维护、净化社会风气、维护社会和市场秩序方面发挥了重要的作用，网络内容立法体系的初步形成成为涉及损害国家、社会利益的违法内容能够“管得住”奠定了基础。然而，从公民个人权利的角度来看，面临的问题仍不容乐观。对于国家、社会利益在法律上的过于偏重，这就对个人权利造成了一定的制约和损害。今后网络内容的法治建设当中，应更多地从公民权利角度出发，逐步完善言论自由等基本权利的功能，以此提升网络内容监管规范的权利保障水平。

最后，本研究仍有需要进一步完善的地方：一是研究中主要采用了文本分析和规范研究的方法，今后还可以更多地运用问卷调查、访谈法等更加多元的研究方法，由此提升研究成果运用的社会价值。二是由于研究的重点在于回答“是什么”的问题，同时，还由于该领域理论建构的复杂性及目前现有理论资源的有限性，都造成本研究在理论分析方面相对的“碎片化”，而今后需要从“局部性”思考走向“整体性”提炼、总结，逐步增强网络内容法治化监管问题理论研究的系统性。这些方面的不足，希望在后续的研究中不断地加以弥补和完善。

## 参 考 文 献

- [1] 罗伯特·斯考伯, 谢尔·伊斯雷尔著. 即将到来的场景时代[M]. 赵乾坤, 周宝曜译. 北京: 北京联合出版公司, 2014.
- [2] 巴里·瓦克斯曼, 克里斯·斯图兹曼著. 整合: 实现商业转型的 7 大法则[M]. 于超译. 北京: 中信出版社, 2016.
- [3] 黄春平. 西方传媒内容监管机制的历史考察[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2012.
- [4] 郭凯天, 等. 互联网+时代的立法与公共政策[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [5] 郑贤君. 基本权利原理[M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [6] 秦前红. 宪法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2010.
- [7] 杨海坤. 宪法基本权利新论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [8] 韩春晖. 行政法治与国家形象[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [9] 王利明. 中国民法典学者建议稿及立法理由[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [10] 腾讯研究院. 互联网+时代的立法与公共政策[M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [11] 网络传播与社会发展论文集[M]. 北京: 中国传媒大学出版社, 2001.
- [12] 詹镇荣. 民营化与管制革新[M]. 台北: 元照出版公司, 2005.
- [13] 章志远. 行政任务民营化法制研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [14] 巴拉克著. 民主国家的法官[M]. 毕洪海译. 北京: 法律出版社, 2011.
- [15] 何永红. 基本权利限制的宪法审查[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [16] 涂子沛. 大数据[M]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2012.
- [17] 库勒著. 欧洲数据保护法[M]. 旷野, 等译. 北京: 法律出版社, 2008.
- [18] 崔卓兰. 新编行政法学[M]. 北京: 科学出版社, 2004.
- [19] 方世荣. 行政法与行政诉讼法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.
- [20] 齐爱民. 拯救信息社会中的人格[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [21] 萨利·斯皮尔伯利. 媒体法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2004.
- [22] 种明钊. 竞争法[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [23] 李永刚. 中国互联网内容监管的变迁轨迹[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2007.



- [24] 康彦荣. 欧盟互联网内容管制的经验及对我国的启示[J]. 世界电信, 2007, 20(4).
- [25] 钟瑛. 网络内容管理的差异性与多元化[J]. 新闻大学, 2003(3).
- [26] 肖永平, 李晶. 新加坡网络内容管制制度评析. 中国人民公安大学学报: 自然科学版, 2001, 16(5).
- [27] 付子堂. 网络法治化是法治中国建设的应有之义. 中国社会科学报, 2014年6月13日第607期.
- [28] 王四新. 推进网络法治化需要协调的几组关系[J]. 理论视野, 2014(12).
- [29] 徐世甫. 网络管理法治化的问题域[J]. 上海大学学报: 社会科学版, 2006, 13(4).
- [30] 王曙光. 略论网络舆论的法律规制及其理论前瞻[J]. 法学杂志, 2011, 32(4).
- [31] 彭兰. 场景: 移动时代媒体的新要素[J]. 新闻记者, 2015(3).
- [32] 邓顺国, 宗乾进, 杨黎星. 微内容: 网络信息服务模式的变革[J]. 图书馆理论与实践, 2009(10).
- [33] 李春成. 包容性治理: 善治的一个重要向度[J]. 领导科学, 2011(19).
- [34] 赵治. 互联网+时代背景下的内生性治理[J]. 行政管理改革, 2016(3).
- [35] 贺永强. 立足管得住, 给力正能量[J]. 求是, 2014(9).
- [36] 赵宏. 德国法上的主观权利与客观秩序——基本权利在德国法中的两种面向[J]. 浙江社会科学, 2011(3).
- [37] 张翔. 基本权利的双重性质[J]. 法学研究, 2005(3).
- [38] 郑哲. 基本权利分类方式批判的冷思考——从自由权与社会权的分类视角出发[J]. 湖北警官学院学报, 2013(2).
- [39] 范进学. 论公民基本权利的功能与实现[J]. 山东社会科学, 2008(4).
- [40] 饶志静. 未列举基本权的宪法解释方法——以美国最高法院的判决为中心[J]. 江西社会科学, 2010(12).
- [41] 董书平. 基本权利位阶秩序与私法[J]. 青海社会科学, 2009(5).
- [42] 张千帆. 论宪法效力的界定及其对私法的影响[J]. 比较法研究, 2004(2).
- [43] 张翔. 基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始[J]. 中国法学, 2006(1).
- [44] 郑旭文. 基本权利的国家保护义务[J]. 福州大学学报(社会科学版), 2012(6).
- [45] 张翔. 基本权利的体系思维[J]. 清华法学, 2012(4).
- [46] 冯健鹏. 论我国宪法基本权利的程序保障——一种宪法解释的可能性[J]. 浙江学刊, 2013(6).
- [47] 刘仁山. 欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角[J]. 环球法律评论, 2014(6).
- [48] 李丹林. 传媒法学学科建设刍议[J]. 现代传播, 2005(1).
- [49] 徐人仲. 新时期“新闻党性”的内涵和时代特色[J]. 中国记者, 2009(8).

- [50] 牛静.论新闻自由权的具体化——对《中华人民共和国新闻法草案》(送审稿)的研究与建议[D].华中科技大学博士论文,2008.
- [51] 赵中颢.新闻立法刍议[J].现代法学,2003(1).
- [52] 张晶晶.为什么我们没有“新闻法”——反思我国新闻传播立法研究[J].政法论丛,2014(1).
- [53] 赵中颢,洪海林.新闻法学研究的体系化缺失及新路径[J].新闻与传播研究,2006(2).
- [54] 周永坤.网络实名制立法评析[J].暨南大学学报(哲学社会科学版),2013(2).
- [55] 汪玉凯.中央网络安全和信息化领导小组的由来及其影响[J].中国信息安全,2014(3).
- [56] 国辉.2014年网信办网络安全大事记[J].中国信息安全,2014(12).
- [57] 皮勇,王启欣.论信息化环境中核心国家秘密泄露危险的刑法规制[J].江汉论坛,2015(12).
- [58] 靳婷.网络时代公民知情权的保护与侵犯国家秘密罪的惩治——以维基解密事件为例[J].中国检察官,2010(24).
- [59] 吴瑞.从一起典型网络泄密案件看过失泄密的认定[J].保密工作,2012(11).
- [60] 沈福俊.建立与政府信息公开制度相适应的保密制度——以《保守国家秘密法》的修改为视角[J].法学,2009(9).
- [61] 孙宝云,李艳.保密管理改革:奥巴马政府的新举措及对我国的启示[J].晋阳学刊,2011(1).
- [62] 孙宝云,沈永社.中美比较视野下公开与保密关系探究[J].理论与改革,2012(6).
- [63] 张昭庆.论国家秘密核定权的完善.江海学刊,2011(3).
- [64] 魏永征,钟晓璐.新闻调查记者与国家秘密:从记者刘伟卷入“案中案”说起[J].新闻界,2015(22).
- [65] 李扬.美国应对未授权信息泄密问题的困境及归因[J].档案管理,2016(2).
- [66] 赵冬.网络泄密的特点与防范[J].保密工作,2011(4).
- [67] 李希慧,董文辉.论泄露国家秘密犯罪的立法完善[J].中国刑事法杂志,2011(6):80—84.
- [68] 刘进,张爽.从一起故意泄密案说起——浅析当前泄密案件查处中的几个问题[J].保密工作,2014(8).
- [69] 周汉华.《保守国家秘密法》修改述评[J].法学家,2010(3).
- [70] 钱涛.“违法必究”与“泄密必究”的本质区别[J].保密科学技术,2011(12).
- [71] 彭玉勇.论网络服务提供者的权利和义务[J].暨南学报:哲学社会科学版,2014(12).
- [72] 吴亮.网络中立管制的法律困境及其出路——以美国实践为视角[J].环球法律评论,2015(3).

- [73] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012 (2).
- [74] 郑仁荣. 英国 ISP 在网络诽谤中的责任研究及对我国的启示[J]. 行政与法, 2011(12).
- [75] 徐伟. 通知移除制度的重新定性及其体系效应[J]. 现代法学, 2013 (1).
- [76] 陈堂发. 首例博客名誉侵权案法理探讨——兼与<博客名誉侵权, 网络服务商该当何责?>一文作者商榷[J]. 国际新闻界, 2007 (2).
- [77] 邱潇可. 网络环境中言论自由权与名誉权保护之均衡[J]. 东岳论丛, 2012 (7).
- [78] 梅夏英, 杨晓娜. 网络服务提供者信息安全保障义务的公共性基础[J]. 烟台大学学报 (哲学社会科学版), 2014 (6).
- [79] 杨海坤, 郭朋. 公用事业民营化管制与公共利益保护[J]. 当代法学, 2006, 20 (5).
- [80] 李丹丹. 论网络言论自由的法律保障[D]. 苏州大学硕士论文, 2009.
- [81] 胡咏. 中国对互联网的管制[J]. 新闻学研究, 2010, 4 (103).
- [82] 林爱珺, 招阳. 由表达自由论网络诽谤的定罪——对《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》的评析[J]. 新闻爱好者, 2015 (1).
- [83] 邓炜辉. 网络表达自由的国家保障义务——兼评“法释〔2013〕21号”对网络言论的刑罚规制[J]. 甘肃政法学院学报, 2015 (1).
- [84] 于志刚. 网络“空间化”的时代演变与刑法对策[J]. 法学评论, 2015 (2).
- [85] 于志刚. 网络、网络犯罪的演变与司法解释的关注方向[J]. 法律适用, 2013 (11).
- [86] 童之伟. 宪法适用应依循宪法本身规定的路径[J]. 中国法学, 2008 (6).
- [87] 赵宏. 限制的限制: 德国基本权利限制模式的内在机理法[J]. 法学家 (京), 2011 (2).
- [88] 石文龙. 论我国基本权利限制制度的发展——我国《宪法》第 51 条与德国《基本法》第 19 条之比较[J]. 比较法研究, 2014 (5).
- [89] 丛日云. 现代法治社会的理想模式及其实现次序[J]. 探索与争鸣杂志, 2015 (7).
- [90] 孙平. 诽谤罪与言论规制“调适期”[J]. 环球法律评论, 2014 (3).
- [91] 左亦鲁. 告别“街头发言者”——美国网络言论自由二十年[J]. 中外法学, 2015 (2).
- [92] 牛静. 我国新闻传播法的立法原则[J]. 青年记者, 2015 (10).
- [93] 应松年. 《行政程序法 (试拟稿)》评介[J]. 政法论坛, 2004 (5).
- [94] 王万华. 完善行政执法程序立法的几个问题[J]. 行政法学研究, 2015 (4).
- [95] 赵正群. 得知权理念及其在我国的初步实践[J]. 中国法学, 2001 (3).
- [96] 周汉华. 打造升级版政务公开制度——论《政府信息公开条例》修改的基本定位[J]. 行政法学研究, 2016 (3).
- [97] 姜明安. 增强实效是政务公开的重中之重[N]. 中国经济时报, 2016-4-26.
- [98] 肖卫兵. 从信息流角度审视重点领域信息公开对促进政府依法行政的作用[J]. 中国行政管理, 2016 (4).
- [99] 项焱, 张烁. 英国法治的基石——令状制度[J]. 法学评论, 2004 (1).
- [100] 杨柳. 行政诉讼中禁止令制度构建[D]. 西南政法大学硕士论文, 2013.

- [101] 吴登楼. 知识产权诉讼中的禁止令制度[J]. 人民司法, 1999 (7).
- [102] 陈家宏, 李永泉. 禁止令制度初探[J]. 西南交通大学学报: 社会科学版, 2004, 5.
- [103] 程朋: “ 净网 ” 风暴突袭中国互联网[N]. 电脑报, 2014-5-5.
- [104] 董媛媛, 王涪宁. 美国防止互联网色情信息侵害未成年人的法律体系评述[J]. 国际新闻界, 2010 (2).
- [105] 徐天晓. 新加坡网络色情管制分析及对我国的启示[D]. 北京交通大学硕士论文, 2011.
- [106] 张志铭, 李若兰. 内容分级制度视角下的网络色情淫秽治理[J]. 浙江社会科学, 2013 (6).
- [107] 董玉庭, 黄大威. 论传播淫秽、色情物品犯罪的刑事立法政策——以无被害人犯罪为视角[J]. 北方法学, 2014 (1).
- [108] 曾茜. 监管的制度化与信息传播的有序化——我国互联网治理的变化及趋势分析[J]. 新闻记者, 2014 (6).
- [109] 刘洋. OTT TV 的发展阶段和业务模式研究[J]. 电信网技术, 2013 (1).
- [110] 邵坤. 互联网电视的发展及对传统电视业的影响[J]. 新闻界, 2011 (2).
- [111] 诸葛达维. 电视盒子: 我的未来不是梦[J]. 传媒评论, 2014 (5).
- [112] 邱庆峰, 何巧琴. 网络电视发展的政策解读[J]. 山东视听 (山东省广播电视学校学报), 2005 (5).
- [113] 白亮, 等. OTT TV 时代广播电视直播业务的现状、发展与监管研究[J]. 广播电视信息, 2014 (3).
- [114] 吴纯勇. 重生中的中国互联网电视行业[J]. 通信世界, 2014 (20).
- [115] 任军庆. 互联网视听节目监管模式研究[J]. 声屏世界, 2007 (8).
- [116] 王斌. 广电出台视频新规是为了逃避监管责任? [J]. IT 时代周刊, 2008 (Z1).
- [117] 乔宇娟. 论电视娱乐节目内容的行政规制[D]. 中央民族大学学位论文, 2013.
- [118] 张伟, 等. 三网融合下的视听新媒体监管体系研究[J]. 现代电视技术, 2011 (10).
- [119] 常昕. 互联网影视产品的自制与 “ 自治 ” [J]. 声屏世界, 2012 (9).
- [120] 马民虎, 霍永库, 马宁. 基于网络审查的搜索引擎服务商信息过滤义务[J]. 人文杂志, 2015 (9).
- [121] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012 (2).
- [122] 董媛媛. 论美国 “ 网络中立 ” 及其立法价值[J]. 新闻大学, 2011 (2).
- [123] 焦爱萍. 网络游戏的发展与思考[J]. 北京邮电大学学报: 社会科学版, 2005, 7.
- [124] 张洁. 移动游戏规模首超网游行业转向细分化[J]. 计算机与网络, 2014 (15).
- [125] 严勋. “ 网络游戏防沉迷系统 ” 遭遇挑战[J]. 新闻界, 2006 (1).
- [126] 闫斌, 王君. 论山寨 APP 程序的危害及法律应对[J]. 经济与社会发展, 2015 (3).
- [127] 王永杰. 论微博直播庭审的利弊权衡[J]. 南都学坛, 2013 (4).

- [128] 吴飞. 关于“明显和即刻的危险”规则的评述[J]. 新闻大学, 2002 (1).
- [129] 曾令健. 法院如何面对传媒: 一个文本的分析[J]. 前沿, 2010 (15).
- [130] 高一飞, 潘基俊. 论律师媒体宣传的规则. 政法学刊[J]. 2010 (4).
- [131] 王伟亮. 英国法律关于媒体特权免责的新近动向述评[J]. 中国广播, 2011 (9).
- [132] 魏永征, 白净. 从沙利文原则到雷诺兹特权[J]. 新闻记者, 2007 (8).
- [133] 邱宁, 陆幸福. 试论知情权的渊源与价值[J]. 湖北省社会主义学院学报, 2004 (6).
- [134] 林爱珺. 知情权的法律价值[J]. 太平洋学报, 2007 (4).
- [135] 杨保军, 雒有谋. 新闻学视野中的公共利益[J]. 新闻记者, 2013 (3).
- [136] Black's Law Dictionary[M]. West Publishing Co., 1979.
- [137] Balachander Krishnamurthy. I know what you will do next summer[J]. ACM SIGCOMM Computer-Communication Review. ,2010 ,volume 40 ,10(5) ,65-69 .
- [138] Federal Trade Commission (2010). FTC regulation of behavioral advertising.
- [139] G.V.Lioudakis et al. A middleware architecture for privacy protection. Computer Networks , 2007 (51): 4680-4681.
- [140] Krishnamurthy , B. & Wills , C.E.On the leakage of personally identifiable information via online social networks. ACM SIGCOMM , 2009 , 8 (17) , 7-12 .
- [141] 付子堂. 网络法治化是法治中国建设的应有之义[N]. 中国社会科学报, 2014-6-13 (607).
- [142] 曾茜. 收缩与调适: 中国的互联网内容监管政策变迁分析[C]. 中国传媒大学全国新闻学与传播学博士生学术研讨会, 2012.
- [143] 吕欣. 全力推进网络空间法治化[N]. 光明日报, 2014-12-15 (11).
- [144] 评论员文章. 把坚持正确政治方向摆在首位——二论学习贯彻习近平总书记新闻舆论工作座谈会重要讲话精神[N]. 人民日报, 2016-2-22 (1).
- [145] 魏永征. 中国新闻法学研究的回顾和前瞻[EB/OL].  
<http://www.lwlm.com/faxuelilunlunwen/200806/46054p2.html>.
- [146] 国家网信办重组 国务院授权其负责互联网内容管理执法[EB/OL].[2014-8-28].  
[http://www.guancha.cn/politics/2014\\_08\\_28\\_261572.shtml](http://www.guancha.cn/politics/2014_08_28_261572.shtml).
- [147] 刘仁文, 张慧. 刑法修正案(九)草案有关网络犯罪规定的完善建议[N]. 人民法院报, 2015-8-12.
- [148] 谢新洲. 网络空间治理须加强六个方面的顶层设计[EB/OL]. [2014-6-5].  
<http://opinion.people.com.cn/n/2014/0605/c1003-25108254.html>.
- [149] 国家网信办: 80%政府网站受到过攻击[N]. 南方日报, 2014-10-31.
- [150] 网信办: 2015年着力解决群众反映强烈的问题[N]. 中国青年报, 2015-3-3.
- [151] 网信办连办三场座谈 研讨用法治撑起网络蓝天[N]. 人民日报, 2014-10-28.

- [152] 谢永江.关于打击网络色情的几点看法[EB/OL]//“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言. <http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>, 2015.1.10.
- [153] 谢君泽打击网络违法犯罪急需升级侦查执法手段[EB/OL]//“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言. <http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.htm>, 2015.1.10.
- [154] 任贤良.加强顶层设计构建互联网法律体系[EB/OL].[2014-8-8].  
<http://ip.people.com.cn/n/2014/0828/c388302-25558675.html>.
- [155] 任贤良.安全是互联网发展的有力保障[EB/OL].[2014-8-26].  
[http://news.xinhuanet.com/info/2014-08/26/c\\_133584425.html](http://news.xinhuanet.com/info/2014-08/26/c_133584425.html).
- [156] 2014年度中国十大传媒法事例专家点评意见[EB/OL].[2015-1-11].  
[http://www.cssn.cn/xwcbx/xwcbx\\_xsqr/201501/t20150111\\_1474017.shtml](http://www.cssn.cn/xwcbx/xwcbx_xsqr/201501/t20150111_1474017.shtml).
- [157] 伊利公关新浪的确凿证据[EB/OL].  
<http://forum.techweb.com.cn/thread-265482-1-1.html>.
- [158] 周汉华.网络服务提供商应承担更大的法律和社会责任[EB/OL].[2015-11-12].  
[http://news.xinhuanet.com/talking/2015-11/12/c\\_1117119183.html](http://news.xinhuanet.com/talking/2015-11/12/c_1117119183.html).
- [159] 互联网广告将被明确标识,新政将掀起一阵“腥风血雨”[EB/OL].[2016-7-11].  
<http://www.iimedia.cn/43153.html>.
- [160] 360搜索宣布:放弃一切消费者医疗商业推广业务[EB/OL].[2016-5-3].  
<http://www.chinanews.com/it/2016/05-03/7857011.shtml>.
- [161] 2015年中国网络广告市场规模突破2000亿[EB/OL].[2016-4-7].  
<http://report.iresearch.cn/content/2016/04/259999.shtml>.
- [162] 一夜之间,互联网公司都成了广告公司[EB/OL].[2016-7-10].  
<http://mini.eastday.com/a/160710182132775-2.html>.
- [163] 互联网广告纳入国家规范利好长期发展利欧数字多方位洞见解读[EB/OL].[2016-7-12]. <http://www.17emarketing.com/html/dongtai/2016/0713/5213.html>
- [164] 喻国明.《互联网广告管理暂行办法》释放了什么信号?[EB/OL].[2016-7-10].  
<http://www.jiemian.com/article/736597.html>.
- [165] 罗超.互联网广告新规正式出台 哪些行业将会受到重大影响[EB/OL].[2016-7-08]. <http://www.huxiu.com/article/155383.html>.
- [166] 朱巍.互联网广告新规四大亮点[EB/OL].[2016-7-10].  
<http://toutiao.com/a6305525161933537538/>.
- [167] 杨秀.大数据时代定向广告中的个人信息保护——《中国互联网定向广告用户信息保护行业框架标准》分析[J].国际新闻界, 2015(5).
- [168] 国家工商总局:明年95%互联网广告将被监测[N].京华时报, 2016-4-23.

- [169] 魏东. 网络之公共媒体手段意义分析[EB/OL].[2014-2-16].  
<http://www.cncdrc.com/blog/newsdetail.aspx?id=2140>
- [170] 袁希利, 胡嘉金, 王昭振. 风险社会中的刑法解释[N]. 人民法院报, 2012-3-2.
- [171] 赵秉志, 袁彬. 网络诽谤入罪标准的细化科学合理[N]. 检察日报, 2013-9-18.
- [172] 联合国, 公民及政治权利国际公约. <http://www.un.org/chinese/hr/issue/ccpr.htm>, 2006.
- [173] 崔福臣. 论言论自由的边界[EB/OL].[2014-2-19].  
<http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=81874>.
- [174] 中国网络宣传这三年: 十个方面取得新进展新成效[EB/OL].[2016-1-6].  
<http://politics.people.com.cn/n1/2016/0106/c1001-28020755.html>.
- [175] 林靖东. 俄罗斯拟打造国控搜索引擎以加强内容审查[EB/OL].[2013-1-13].  
<http://tech.qq.com/a/20131013/000095.html>.
- [176] 吴涛. 互联网信息搜索服务规定出台 专家称具有里程碑意义[EB/OL].  
[2016-6-27]. <http://www.chinanews.com/cj/2016/06-27/7918064.shtml>.
- [177] 刘双舟: 对互联网搜索推广法律问题的再思考[EB/OL].[2016-4-18].  
[http://www.cssn.cn/fx/fx\\_xzfx/201604/20160418\\_2971328.shtml](http://www.cssn.cn/fx/fx_xzfx/201604/20160418_2971328.shtml).
- [178] 谢永江. 关于打击网络色情的几点看法[EB/OL]//“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言. 博客中国. <http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.html>.
- [179] 新浪暂时关闭读书频道运营 或因第三方内容涉黄[EB/OL].[2014-4-14].  
<http://tech.hexun.com/2014-04-14/163907156.html>.
- [180] 关于网络色情问题的几点看法[EB/OL]//“打造清朗网络空间环境——网络色情安全挑战与应对策略研讨会”发言. 博客中国. <http://zt.blogchina.com/2015zt/wlsq/index.html>.
- [181] 罗俊. 将“净网”进行到底! [N]. 人民日报, 2014-4-25.
- [182] 蔡婧嫣. 网信办“十条规定”规范即时通信工具信息服务解读[N]. 青年时报, 2014-8-8.
- [183] 王峰. “微信十条”发布: 并非新增行政审批[N]. 21 世纪经济报道, 2014-8-8.
- [184] 谢睿, 等. “微信十条”绑住自媒体 4.6 万时政公众号或成“炮灰”[N]. 南方都市报, 2014-8-13.
- [185] 薛娟. 广电总局发 181 号文件鼓励互联网电视运营[N]. 中国经济时报, 2011-12-29.
- [186] 周慧. APP 新政实施 互联网迎来全面监管时代[N]. 21 世纪经济报道, 2016-6-29.

- [187] 薛松. 应用程序发展管理办法将出台 开发 APP 或需备案年审[N]. 广州日报, 2014-10-28.
- [188] 国家网信办将出台 APP 应用程序发展管理办法[N]. 新京报, 2014-10-27.
- [189] 言莹. 网信办将出台管理办法 APP 应用有了“紧箍咒” [N]. 新闻晨报, 2014-10-28.
- [190] 蒋洪. 预算公开才能约束权力 保密法不能成障碍[N]. 中国青年报, 2010-3-4.
- [191] 王思鲁. 以个案实现公正: 律师与媒体良性互动[EB/OL]. [2010-11-20].  
[http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581\\_1.html](http://www.fsou.com/html/text/art/3356015/335601581_1.html).
- [192] 王和岩. 靖江法院拘留律师事件[EB/OL].[2013-4-15].  
<http://magazine.caixin.com/2013-04-12/100513434.html>.
- [193] 杨昌平. 多名律师微博直播庭审 是否违反法律原则惹争议 [N]. 北京晚报, 2012-1-31.
- [194] 慕鹤. 法官认真审案, 律师专心辩护, 微博直播庭审交给媒体 [N]. 南方周末, 2012-4-6.
- [195] 侯健. 言论自由及其限度 [EB/OL].[2013-6-2].  
[http://www.21ccom.net/articles/sxwh/shsc/article\\_2012103170036.html](http://www.21ccom.net/articles/sxwh/shsc/article_2012103170036.html).
- [196] 伊莉. 微力量下的司法与公众关系[N]. 人民法院报, 2012-2-10.
- [197] 沈念祖. 法院副院长们的压力[N]. 经济观察报, 2012-5-19.
- [198] 鞠靖, 杨宝璐, 陈乐意. 舆论战背后的律师言论边界“你们的岗位在法庭!” [N]. 南方周末, 2013-8-29.